

De Rechter als Mens

Een onderzoek naar de legitimiteit van de rechter in
het hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw



Laura Maria Julia van den Berg
Thesis Legal Research Master
Universiteit Utrecht
29 juli 2020

Supervisors: Laura Henderson en Ronald Tinnevelt

Omslag: *Vrouwe Justitia* – Else Ringnalda (2008)
Gemaakt in opdracht van De Nederlandse Juristenvereniging

INHOUDSOPGAVE

INHOUDSOPGAVE	- 3 -
INLEIDING	- 6 -
HOOFDVRAAG, DEELVRAGEN EN OPZET	- 11 -
METHODOLOGIE	- 13 -
<i>Methodologische keuzes</i>	- 13 -
<i>Beperkingen door COVID-19</i>	- 13 -
<i>Casus</i>	- 14 -
<i>Terminologie</i>	- 14 -
HOOFDSTUK I KLASSIEKE DIMENSIES VAN RECHTERLIJKE LEGITIMITEIT	- 15 -
1.1 LEGITIMITEIT: EEN ONGRIJPBAAR BEGRIP.....	- 15 -
1.2 DE ETHISCHE DIMENSIE	- 19 -
1.2.1 <i>Subconclusie</i>	- 25 -
1.3 DE JURIDISCHE DIMENSIE	- 26 -
1.3.1 <i>Subconclusie</i>	- 31 -
1.4 DE POLITIEKE DIMENSIE	- 32 -
1.4.1 <i>Statelijke legitimiteit op grond van een sociaal contract</i>	- 33 -
1.4.2 <i>Rechterlijke legitimiteit op grond van een sociaal contract</i>	- 35 -
1.4.3 <i>Subconclusie</i>	- 37 -
1.5 DE MAATSCHAPPELIJKE DIMENSIE	- 37 -
1.5.1 <i>Subconclusie</i>	- 43 -
1.6 SAMENHANG VIER DIMENSIES.....	- 43 -
1.7 TUSSENCONCLUSIE: RECHTERLIJKE LEGITIMITEIT	- 44 -
HOOFDSTUK II HET HYBRIDE RECHTSLANDSCHAP VAN DE 21^E EEUW	- 47 -
2.1 HET RECHTSLANDSCHAP VAN DE 21 ^E EEUW.....	- 48 -
2.1.1 <i>Mondiale problemen, nationale oplossingen</i>	- 49 -
2.1.2 <i>Het Keynesiaans-Westfaalse kader</i>	- 50 -
2.2 EEN <i>HYBRIDE</i> RECHTSLANDSCHAP	- 51 -
2.3 EEN <i>TRANSNATIONAAL</i> RECHTSLANDSCHAP	- 53 -
2.4 EEN <i>DYNAMISCH</i> RECHTSLANDSCHAP	- 54 -
2.5 TUSSENCONCLUSIE: HET RECHTSLANDSCHAP VAN 2020	- 54 -
HOOFDSTUK III DIMENSIES VAN LEGITIMITEIT IN HET LICHT VAN HET RECHTSLANDSCHAP VAN DE 21^E EEUW	- 57 -

3.1 DE ETHISCHE DIMENSIE IN DE 21 ^E EEUW.....	- 58 -
3.1.1 <i>Onbereikbare rechtvaardigheid</i>	- 60 -
3.1.2 <i>Subconclusie</i>	- 61 -
3.2 DE JURIDISCHE DIMENSIE IN DE 21 ^E EEUW	- 62 -
3.2.1 <i>Nationaal niveau</i>	- 62 -
3.2.2 <i>Europees niveau</i>	- 65 -
3.2.3 <i>Internationaal niveau</i>	- 67 -
3.2.4 <i>Subconclusie</i>	- 69 -
3.3 DE POLITIEKE DIMENSIE IN DE 21 ^E EEUW.....	- 70 -
3.3.1 <i>Subconclusie</i>	- 73 -
3.4 DE MAATSCHAPPELIJKE DIMENSIE IN DE 21 ^E EEUW	- 73 -
3.4.1 <i>Subconclusie</i>	- 77 -
3.5 TUSSENCONCLUSIE: DILEMMA'S IN DE DIMENSIES	- 77 -
HOOFDSTUK IV ONZEKERHEID ALS UITGANGSPUNT: HET POSTMODERNISME	- 79 -
4.1 WAT IS POSTMODERNISME EN IS HET NOG VAN DEZE TIJD?	- 80 -
4.1.1 <i>Ironie in het postmodernisme</i>	- 80 -
4.1.2 <i>Postmoderne misverstanden</i>	- 81 -
4.2 METAMODERNISME: POSTMODERNISME 2.0?.....	- 83 -
4.3 TUSSENCONCLUSIE	- 86 -
HOOFDSTUK V DE POSTMODERNE RECHTER	- 87 -
5.1 DE REFLECTIEVE RECHTER.....	- 87 -
5.1.1 <i>Ethiek en de ander</i>	- 88 -
5.1.2 <i>Ethiek en Moraliteit</i>	- 89 -
5.1.3 <i>De postmoderne ethische cirkel</i>	- 90 -
5.1.4 <i>De reflectieve rechter en repatriëring</i>	- 92 -
5.2 DE ONZEKERE RECHTER.....	- 94 -
5.2.1 <i>Onmogelijke beslissingen</i>	- 94 -
5.2.2 <i>De onzekere rechter en repatriëring</i>	- 96 -
5.3 DE VERBEELDINGSKRACHTIGE RECHTER	- 97 -
5.3.1 <i>Meerpartijdigheid</i>	- 97 -
5.3.2 <i>De verbeeldingskrachtige rechter en repatriëring</i>	- 99 -
5.4 DE FEILBARE RECHTER.....	- 101 -
5.4.1 <i>Rechterlijke super- en intervisie</i>	- 103 -
5.4.2 <i>Openheid jegens wetenschappelijk onderzoek en experts</i>	- 104 -
5.4.3 <i>De feilbare rechter en repatriëring</i>	- 104 -
HOOFDSTUK VI DE RECHTER ALS MENS	- 106 -
CONCLUSIE.....	- 108 -

BIBLIOGRAFIE	- 110 -
<i>PRIMAIRE BRONNEN</i>	<i>- 110 -</i>
<i>Internationale en Europese wetgeving.....</i>	<i>- 110 -</i>
<i>Nederlandse wetgeving.....</i>	<i>- 110 -</i>
<i>Kamerstukken</i>	<i>- 111 -</i>
<i>Europese jurisprudentie</i>	<i>- 111 -</i>
<i>Nederlandse jurisprudentie.....</i>	<i>- 111 -</i>
<i>Overige jurisprudentie.....</i>	<i>- 111 -</i>
<i>SECUNDAIRE BRONNEN.....</i>	<i>- 112 -</i>
<i>Nieuws, media en online bronnen</i>	<i>- 120 -</i>
<i>Documentaires.....</i>	<i>- 121 -</i>

INLEIDING

Bladerend door jeugdfoto's van Meryem en Ilyas vertelt hun vader Houssein hoe zij vijf jaar geleden plots uit zijn leven zijn verdwenen. Het is moeilijk voor te stellen dat dezelfde Zoetermeerse Meryem die pedant voor de camera poseert in zonnehoed en verenboa, in 2013 naar Syrië vertrok. Haar vriend had zich al aangesloten bij het zelfverklaarde kalifaat van de *Islamitische Staat* toen zij hem op vijftientwintigjarige leeftijd achterna reisde. Een jaar later, vertrok ook Housseins ex-vrouw naar het kalifaat. Zij nam hun jongste zoon, Ilyas, met zich mee. In het kalifaat kwam Ilyas in een jeugdtrainingskamp terecht waar de stille en charmante jongen veranderde in een bewapende strijder. Op zijn zestiende kwam hij om bij een bombardement in Raqqa. Houssein vertelt hoe Ilyas voor altijd op zijn netvlies staat gebrand en hoe hij iedere avond in slaap valt met de pyjama van zijn zoon in zijn armen.¹

Momenteel zit Houssein's enige nog levende kind, Meryem als krijgsgevangene vast in een Koerdisch opvangkamp in Noord-Syrië. Ze is een jonge moeder van twee dochters. Beide zijn geboren in het kalifaat. In de documentaire *De Verloren Kinderen van het Kalifaat* gaat Houssein op zoek naar zijn dochter en zijn twee kleindochters die hij nooit heeft ontmoet. De scene waarin vader, dochter en kleindochters worden herenigd is hartverscheurend. Houssein belooft zijn dochter dat hij ervoor zal zorgen dat ze terug kunnen komen naar Nederland. "De kinderen moeten echt terug" zegt Meryem door haar tranen heen. "Ik wil ze het liefste nu aan je meegeven."

Maar dat lijkt er voorlopig niet in te zitten. Meryem en haar kinderen zitten samen met zeker 23 andere Nederlandse vrouwen en 56 kinderen vast in opvangkampen in Noord-Syrië. Hoewel sommige vrouwen hun kleine kinderen meenamen toen ze naar Syrië vertrokken, is een groot deel van de Nederlandse kinderen in het kamp geboren. Momenteel zitten er in deze kampen 56 kinderen vast die via hun ouders de Nederlandse nationaliteit bezitten. Allen zijn onder de twaalf jaar, zeventig procent is jonger dan zes en de jongste is amper een paar weken oud.² In de kampen hebben de kinderen te maken met "bombardementen, seksueel misbruik, marteling, afwezigheid van onderwijs, kindersterfte, ijzige kou in de winter, overbevolking, vermijdbare ziektes, indoctrinatie,

¹ Informatie afkomstig uit de documentaire: S Can, 'De Verloren Kinderen van het Kalifaat' *Movies that Matter* (2018).

² 'Interview met advocaten André Seebregts en Tom de Boer' *Pauw* (11 november 2020) *Pauw* <https://www.npostart.nl/pauw/11-11-2019/BV_101394500> bezocht op 28 juli 2020.

gebrek aan water, voedsel, sanitaire voorzieningen en medische zorg.”³ De Koerdische autoriteiten willen de Nederlanders graag terugsturen, maar daar lijkt hier politiek weinig animo voor. Tijdens een lijsttrekkersdebat in 2015 onderschreef premier Rutte de stelling dat hij liever heeft dat uitgereisde Syriëgangers aldaar sterven, dan dat ze terugkeren naar Nederland.⁴ Afgelopen najaar twitterde VVD-kamerlid Dilan Yesilgöz: “Wij willen deze kinderen niet terug. En hun ouders al helemaal niet.”⁵

Maar Houssein blijft volhardend in zijn belofte. Terug in Nederland ontpopt hij zich tot woordvoerder van de actiegroep *Stichting Achterblijvers* die via de rechter wil afdwingen dat de Nederlandse staat de vrouwen en kinderen terughaaft uit Syrië. In november 2019 kwam deze zaak voor bij de voorzieningenrechter. Deze stelde dat de Nederlandse staat alles in het werk moet stellen om in ieder geval de kinderen uit Syrië terug te halen.⁶ Hoewel de vrouwen welbewust naar Syrië zijn vertrokken om zich aan te sluiten bij het kalifaat, geldt dit niet voor de kinderen. De rechter overwoog daarom dat de kinderen niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de gedragingen van hun ouders, hoe ernstig deze ook zijn. De kinderen zijn slachtoffer van het handelen van hun ouders en de Nederlandse staat moet er alles aan doen om zich het lot van deze kinderen aan te trekken. Als de Nederlandse staat dit niet doet, handelt ze onrechtmatig jegens haar piepjonge onderdanen.⁷ De staat ging tegen deze uitspraak in hoger beroep waar het vonnis van de rechtbank werd verworpen.⁸ Een maand geleden, op 26 juni 2020, heeft de Hoge Raad dit vonnis in cassatie bekrachtigd.⁹ Dit betekent dat de Nederlandse staat zich niet hoeft in te spannen om de vrouwen en kinderen terug te halen uit de kampen in Syrië naar hun veilige thuisland. In Nederland is de Hoge Raad het hoogste rechtsorgaan en daarmee lijkt de zaak definitief af te zijn. De staat hoeft zich het lot van de 56 kinderen in Syrië niet aan te trekken.

Bovenstaande situatie plaatst een oordelende rechter in een buitengewoon ingewikkelde situatie. De rechter heeft het lot van 56 minderjarige kinderen in haar handen die door domme pech zijn geboren in een helse wereld vol angst, geweld en uitzichtloosheid. Ze heeft de mogelijkheid om eigenhandig een einde te maken aan dit lijden, voordat de ontwikkeling van de nog vrije geesten al te zeer wordt bezoedeld, en hen een toekomst

³ Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.9.

⁴ J Seegers, ‘Rutte: liever sterven Syriëgangers dan dat ze terugkomen naar Nederland’ *NRC* (5 maart 2015) <<https://www.nrc.nl/nieuws/2015/03/05/rutte-liever-sterven-syriegangers-dan-dat-ze-terugkomen-naar-nederland-a1483816>> bezocht op 24 juli 2020.

⁵ Redactie, ‘Rechter: Nederland moet kinderen IS-vrouwen terughalen’ *Trouw* (11 november 2019) <<https://www.trouw.nl/binnenland/rechter-nederland-moet-kinderen-is-vrouwen-terughalen~b9bcd9bdf/>> bezocht op 24 juli 2020.

⁶ Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

⁷ Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.10.

⁸ Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

⁹ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148.

te bieden in Nederland. 56 kindergezichten staren haar hoopvol aan. Maar wanneer ze haar barmhartige moedergevoel laat overheersen, leidt dit onherroepelijk tot andere problemen. Met het terughalen van de kinderen bestaat er een grote kans dat hun ouders mee naar Nederland terugkomen.¹⁰ Uit rapporten en analyses van de Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Nationaal Coördinator Terrorismedebestrijding en Veiligheid (NCTV) komt naar voren dat de nationale veiligheid in het gevaar zou komen wanneer deze ouders naar Nederland terugkeren.¹¹ Hiermee dreigt niet alleen een gevaarlijke situatie voor Nederland, maar voor alle andere Schengenlanden die middels open grenzen zijn verbonden. Ook is het onduidelijk of Nederland überhaupt rechtsmacht heeft om te beslissen over de levens van mensen die weliswaar de Nederlandse nationaliteit bezitten maar die zich buiten het grondgebied van de staat bevinden.¹² Daarnaast kunnen belangrijke internationale betrekkingen beïnvloed worden door contact te leggen met statelijke en niet-statelijke entiteiten die nodig zijn om de vrouwen en de kinderen naar Nederland terug te halen.¹³ Kortom, de rechter moet oordelen in een mijnenveld van contrasterende politieke belangen en juridische obscuriteit waarbij ze moet inspelen op mogelijke maatschappelijke onrust en recht doen aan haar ethische verantwoordelijkheden jegens de kinderen in kwestie.

Graag vraag ik mijn lezers om even terug te bladeren naar de beeltenis van Vrouwe Justitia op de voorkant van deze thesis. Naar de hand van kunstenaars Else Ringnalda, wordt de Grieks-Romeinse godin van recht en rechtvaardigheid afgebeeld terwijl zij zit op een halve bol. Hierdoor moet ze constant haar balans bewaren tussen de verschillende en tegenstrijdige belangen. Wanneer een vonnis te veel naar één kant uitschiet is de balans verdwenen. Haar hand rust op haar borst waarmee ze contact houdt met het menselijke, het moederlijke, het ethische kompas in zichzelf. Ze *moet* een keuze maken, een keuze die enorme consequenties met zich meebrengt. Een toekomstperspectief voor onschuldige kinderen of het gevaar van een aanslag in Europa? Wat weegt zwaarder en waar ligt de balans? Naakt en fier kijkt ze, ondanks haar blinddoek, niet weg van deze consequenties. Maar eenvoudig is de keuze niet.

Ik zou niet willen betogen dat een rechterlijke keuze ooit eenvoudig is geweest. Rechterlijke dilemma's zijn zo oud als de mensheid zelf. In het oude testament velde koning Salomon een archetypisch moreel oordeel; in het Rwanda-tribunaal werd geprobeerd om een samenleving weer leefbaar te maken waarin de ene helft de andere had proberen uit te roeien; en in vrijwel iedere vechtscheiding worden kinderen

¹⁰ Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.11.

¹¹ Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.10.

¹² Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.5 en Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 6.3-6.4.

¹³ Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.13.

verscheurd tussen de liefde voor hun beide ouders. Rechterlijke dilemma's zijn van alle tijden. Maar er is weldegelijk een verschil tussen de vonnissen in deze voorbeelden en het vellen van een rechterlijk oordeel zoals dat van de vrouwen en kinderen in Noord-Syrië. Dit verschil heeft te maken met de geglobaliseerde verbondenheid van rechtssystemen die typerend is voor de 21^e eeuw. Bij de dilemma's hierboven vinden zowel de oorzaak als het gevolg plaats binnen een vastomlijnd rechtsgebied. Hoewel het dilemma er niet makkelijker op wordt is het duidelijk wie het oordeel uit moet spreken, op grond van welke wet en wie erdoor worden getroffen. Bij de repatriëring van de vrouwen en kinderen uit Syrië, ontbreekt het aan alle drie. Door de veelheid aan internationale verdragen is het onduidelijk wie zeggenschap heeft over het lot van de vrouwen en kinderen en op grond waarvan.¹⁴ Daarnaast heeft het oordeel van de nationale rechter invloed op de nationale veiligheid in zowel Nederland als Europa en kunnen internationale betrekkingen worden aangetast door contacten die moeten worden gelegd met statelijke en niet-statelijke entiteiten.¹⁵

Volgens een klassieke, zij het gesimplificeerde, taakomschrijving van de rechter past de rechter de wet toe op een bepaalde zaak. Daarmee is de taak van de rechterlijke macht nauw omsloten door de wetgevende en de uitvoerende macht. De wetgevende macht (in Nederland bestaande uit de regering en de Staten-Generaal) stelt wetten op die de uitvoerende macht (in Nederland de regering) ten uitvoer brengt. Wanneer een wet wordt overtreden of wanneer wetten met elkaar in conflict komen, komt dit uit bij de rechtsprekende macht. In de woorden van de geestelijk vader van deze machtscheiding, Montesquieu: "le juge est le bouche de la loi"; de rechter is niet meer dan de mond die de woorden van de wet spreekt.¹⁶ Daarmee moet ze vooral wegblijven van een al te mondige interpretatie waarbij ze zich zou kunnen begeven in het domein van de wetgevende macht. Dit heeft te maken met de manier waarop een rechter zijn legitimiteit verkrijgt. In tegenstelling tot haar twee zuster machten, geniet de rechter geen democratische legitimiteit. Degene die de wetten maken en uitvoeren zijn grotendeels democratisch verkozen en zijn daarmee verantwoording verschuldigd aan het volk. Dit nationale volk heeft een sterke controlefunctie in handen, omdat zij invloed kan uitoefenen op deze machten middels verkiezingen. Bij rechters ontbreekt deze democratische legitimiteit. Rechters zijn bijna voor alles afhankelijk van de wetgevende en uitvoerende macht; voor hun benoeming, hun bevoegdheden, hun salaris, voor de wetten die zij moeten toepassen en voor de uitvoering van hun vonnissen. De legitimiteit van rechters moet dus op een andere manier worden verkregen. Indien de rechterlijke macht zich beperkt tot het willoos toepassen van wetten die door de wetgever zijn

¹⁴ Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o. 4.5.

¹⁵ Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909, r.o.7.7.

¹⁶ C de Montesquieu, *Over de Geest van de Wetten* (eerste druk 1728, J Holierhoek vertaling, Boom 2008) 227.

opgesteld valt dit te rijmen met het gebrek aan democratische legitimiteit. Deze rechterlijke taakomschrijving veronderstelt dat wetten duidelijk voorzienbaar zijn en door de rechter slechts willoos hoeft te worden toegepast. Deze taakomschrijving veronderstelt tevens dat de uitwerking van de toegepaste wetten zich beperkt tot de rechtsmacht van de nationale staat. Op het Nederlands grondgebied doen zich rechterlijke geschillen voor die binnen dit grondgebied door de nationale rechter worden beslecht. Tot ongeveer 75 jaar geleden sloot deze opvatting over de rechterlijke taken ook redelijk aan bij de realiteit. Er waren overwegend nationale staten die met een nationale rechtsorde het nationale recht binnen hun landsgrenzen handhaafde. Er bestonden een aantal internationale verdragen om rechten te waarborgen die meer dan één natiestaat betroffen, maar wanneer je een juridisch conflict had was het niet ingewikkeld om de juiste rechtbank te vinden.¹⁷ Na de twee wereldoorlogen zijn samenwerkingsverdragen en -verbanden in een razendsnelle opmars geraakt waardoor het tijdperk van soevereine natiestaten definitief is veranderd. Deze verandering werkt door in de complexiteit van zaken zoals die van de Nederlandse vrouwen en kinderen in Syrië, maar ook andere mondiale problemen zoals klimaatverandering, massamigratie en internationaal terrorisme. Dit zijn kwesties waarbij zowel de oorzaak als de oplossing niet op één plaats of op één moment zijn vast te pinnen. Het is daardoor onduidelijk waar de oorsprong van het probleem ligt, wie er de verantwoordelijkheid voor draagt en op basis van welk recht dit kan worden beslecht. Een dermate nauw vervlochten wereld kan worden getypeerd als 'hybride', 'dynamisch' en 'transnationaal'.¹⁸ Een hybride rechtslandschap wordt gekarakteriseerd door diverse (juridische) normen die niet voortkomen uit een specifieke nationale, maar uit een transnationale context. Het gebrek aan een duidelijke hiërarchie van deze normen leidt ertoe dat het positieve, nationale recht niet altijd een doorslaggevend antwoord kan bieden. Wanneer zich een frictie voordoet tussen internationale afspraken en nationaal beleid komt dit vaak in eerste instantie terecht bij de nationale rechter. Hierdoor worden nationale rechters in toenemende mate geconfronteerd met ingewikkelde zaken waarbij de toepasbare rechtsorde onduidelijk is, de oorzaken en gevolgen onvoorzienbaar zijn en de betrokken partijen veelal onzichtbaar; zij maken deel uit van toekomstige generaties (klimaatzaken) of dobberen op een bootje tussen verschillende jurisdicties en landsgrenzen (vluchtelingen en migratie). Deze gevoelige en complexe zaken vragen om een rechterlijk oordeel dat vaak niet direct voortvloeit uit de nationale wet en dwingen de nationale rechter op onontgonnen gebied.

¹⁷ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 1.

¹⁸ Aldus ook D Burchardt, 'Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere' (2007) 30 *Leiden Journal of International Law* 305; S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) en P Zumbansen, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 *Transnational Law & Contemporary Problems* 203.

Hoofdvraag, deelvragen en opzet

Dit hybride rechtslandschap zet de klassieke opvatting van rechterlijke legitimiteit op scherp. De hoofdvraag die in deze thesis centraal staat is daarom: *Hoe kan de rechterlijke legitimiteit worden gewaarborgd in het complexe, nauw vervlochten en hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw?* Hoewel de conclusies uit deze thesis breder kunnen worden uitgerold, ligt de focus op de Nederlandse rechter. Nederland wordt getypeerd als een democratische rechtsstaat. Ze is democratisch, omdat burgers kunnen kiezen wie het land regeert en ze is rechtstatelijk, omdat iedereen aan het Nederlandse recht is gebonden, ook de overheid zelf. Om een antwoord te geven op deze vraag wordt in het eerste hoofdstuk het begrip ‘rechterlijke legitimiteit’ uiteengezet. Doordat dit begrip veel verschillende aspecten behelst, wordt in dit hoofdstuk een conceptueel kader gegeven om over legitimiteit in het algemeen en rechterlijke legitimiteit in het bijzonder te kunnen nadenken. Deze verschillende facetten deel ik op in vier verschillende dimensies. Een rechterlijk oordeel moet allereerst *rechtvaardig* zijn (de ethische dimensie). Daarnaast wordt de rechter geacht om binnen de grenzen van haar macht recht te spreken op basis van vooropgestelde wetten (de juridische dimensie). Het volk moet op een bepaalde manier kunnen instemmen met de door de rechter toegepaste wetten (politieke dimensie) en de gevolgen van een rechterlijk vonnis accepteren (maatschappelijke dimensie). In het eerste hoofdstuk wordt het begrip ‘legitimiteit’ uiteengezet in deze vier klassieke dimensies. Ik noem deze dimensies ‘klassiek’, omdat de ideeën waarop ze gestoeld zijn nog altijd hun doorwerking hebben in de huidige tijd maar hun wortels hebben in het tijdperk van de achttiende-eeuwse Verlichting. Deze klassieke perspectieven op rechterlijke legitimiteit hebben een sterke focus op de natiestaat waarin zowel de problemen als de oplossingen binnen de afgebakende landsgrenzen worden gezocht. Het huidige juridische landschap is daarentegen vaak een lappendeken van nationale, internationale en transnationale rechtssystemen. Doordat dit rechtslandschap wordt gekenmerkt door kwesties waarbij de oorzaken, gevolgen en oplossingen een grensoverschrijdend karakter hebben, worden ze gekenmerkt door een hoge mate van onzekerheid en onbeslisbaarheid. De toename van wetten, rechtsmachten, belanghebbenden en meningen op het transnationale toneel maken dat het niet altijd meer duidelijk is wie over welke zaak moet beslissen, op basis van welke wetten en wie erdoor getroffen zullen worden. Daarom zijn de klassieke dimensies van rechterlijke legitimiteit niet altijd meer opgewassen tegen deze uiterst complexe problemen van de 21^e eeuw. In het tweede hoofdstuk wordt dit huidige rechtslandschap verder uiteengezet. Hierbij bouw ik voort op de theorieën van Paul Schiff Berman, Sabine Müller-Mal en Dana Burchardt die het rechtslandschap van de 21^e eeuw beschrijven als hybride,

transnationaal en dynamisch.¹⁹ In het derde hoofdstuk worden de klassieke dimensies van rechterlijke legitimiteit vervolgens geproblematiseerd in het kader van dit huidige rechtslandschap. Met de problematisering van de klassieke legitimiteitsdimensies wordt overigens geenszins verondersteld dat de ametrie tussen de klassieke lezing van rechterlijke legitimiteit en de praktijk nieuw is. Sterker nog, ik denk dat veel van deze kwesties aan de kern raken van de verschillende dimensies van rechterlijke legitimiteit. Echter, de problematiek ervan wordt geaccentueerd in de huidige, verbonden en hybride wereld. Daardoor dient het onderzoeken van de verschillende dimensies van legitimiteit in het licht van het moderne rechtslandschap van de 21^e eeuw een tweeledig belang. Enerzijds kan het ons iets leren over de legitimiteit van de rechter in een complexe, hybride en verbonden wereld. Anderzijds kan dit onderzoek inzicht verschaffen in de dieperliggende materie van legitimiteitsvraagstukken in het algemeen. Het huidige rechtslandschap wordt gekenmerkt door een grote mate van onzekerheid. Nu zijn er ten minste twee manieren om hiermee om te gaan. Ten eerste kunnen we ervoor kiezen om koste wat kost orde, zekerheid en coherentie te scheppen in een wereld waarin deze orde van nature ontbreekt. Ten tweede kunnen we ervoor kiezen om deze onzekerheid aan te nemen voor wat ze is en hiervan geen belemmering, maar juist een kracht maken. In hoofdstuk vier en vijf wil ik deze laatste optie verkennen. Doordat de transnationale 'orde' juist gekenmerkt wordt door de afwezigheid van een 'orde' in de traditionele zin – met een duidelijke hiërarchie van rechtsregels en instituties – onderzoekt het laatste hoofdstuk een filosofische stroming die het ontbreken van een natuurlijke 'orde' niet als een belemmering ziet, maar dit juist als uitgangspunt neemt: de postmoderne filosofie. De postmoderne filosofie ziet deze onzekerheid niet als bedreiging, maar juist als een oproep om ethisch te handelen. Hoofdstuk vier zal eerst een beschrijving geven van het postmodernisme – dat nog altijd, onterecht, een negatieve connotatie heeft – en vervolgens kijken naar postmoderne waarden die bruikbaar zijn bij het maken van ethische juridische beslissingen. De vraag die dan overblijft is: Hoe kunnen rechterlijke beslissingen worden gelegitimeerd op het moment dat deze gebaseerd zijn op een grote mate van onzekerheid? Het antwoord hierop geef ik in het laatste hoofdstuk dat dezelfde titel draagt als deze thesis. Rechtspreken op basis van onzekerheid kan alleen gelegitimeerd worden door de rol van de rechter anders op te vatten. Mijn voorstel is om de 21^e-eeuwse rechter te zien als mens, met al haar gebreken.

¹⁹ PS Berman, 'Global Legal Pluralism' (2007) 80 Southern California Law Review 1155; S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) en D Burchardt, 'Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere' (2007) 30 Leiden Journal of International Law 305.

Methodologie

Methodologische keuzes

Deze thesis wordt uitgevoerd vanuit een overwegend rechtsfilosofisch perspectief. Rechtsfilosofie is een samengestelde discipline waardoor er een interdisciplinaire component in deze studie aanwezig zal zijn. Zowel de rechtsgeleerdheid als de filosofie zijn interpretatieve disciplines die zich voornamelijk bezighouden met de interpretatie en betekenis van teksten. Daarom wordt er in deze thesis gebruikgemaakt van een hermeneutische methode waarbij de interpretatie en het gebruik van teksten centraal staan. Ook maak ik gebruik van enkele theorieën uit de geestelijke gezondheidszorg. Net zoals het recht, is de geestelijke gezondheidszorg een discipline die gekarakteriseerd wordt door een hoge mate van onzekerheid.²⁰ Om te kunnen garanderen dat deze theorieën op een juiste wijze worden toegepast, heb ik ze besproken met psychiater Gerard van den Berg. Hierdoor hoop ik mijn gebrekkige kennis ten aanzien van deze discipline te kunnen ondervangen. Daarnaast raakt deze thesis aan sociologie. Hierbij heb ik mij beperkt tot sociologische bronnen die zich specifiek richten op het recht, een mij vertrouwde discipline.

Beperkingen door COVID-19

Daarnaast had een empirische component van toegevoegde waarde kunnen zijn in dit onderzoek. Met name in het vierde hoofdstuk, wanneer ik de rol van de rechter beschrijf, zou het interessant zijn geweest om een aantal diepte-interviews af te nemen met rechters om inzicht te krijgen in hoe zij hun eigen rol zien en in hoeverre dit aansluit bij het beeld dat ik schets. Echter, ik heb deze thesis vrijwel volledig geschreven tijdens de 'lockdown' van de COVID-19 uitbraak, waardoor het niet gemakkelijk was om contacten te leggen met rechters en interviews met hen af te nemen. Gelukkig mag ik me de komende vijf jaren verder verdiepen in deze materie middels een promotietraject aan de Radboud Universiteit in Nijmegen waarbij de legitimiteit van de rechter wederom centraal zal staan. Daar zal ik uitgebreid de tijd en middelen hebben om de aannames die ik in deze thesis maak te valideren, falsificeren of nuanceren. De empirische kennis die in deze thesis ontbreekt hoop ik daar te kunnen aanvullen. Wat dat betreft geldt deze thesis enerzijds als een op zichzelf staand onderzoek, maar anderzijds ook als een verkennende zoektocht voor mijn proefschrift.

De COVID-19 uitbraak heeft ook een ander effect gehad op het schrijven van dit onderzoek. Reeds aan het begin van dit traject sloten de Universiteitsbibliotheken hun

²⁰ Tai S, 'Uncertainty about Uncertainty: The Impact of Judicial Decisions on Assessing Scientific Uncertainty' (2009) 11 Journal of Constitutional Law 3 (2009) 675.

deuren, waarmee zowel mijn gebruikelijke werkplek als een deel van mijn bronnen tijdelijk niet bereikbaar waren. Het duurde even voordat ik een passende werklocatie had gevonden maar de sluiting van de bibliotheken heeft mij vooral beperkt in de zoektocht naar de juiste bronnen. Gelukkig staat er tegenwoordig heel veel op het internet. Soms lukte het me echter niet om naar de originele werken te verwijzen en verwijs ik naar secundaire literatuur of naar de gerenommeerde internetencyclopedie de *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Daarnaast heb ik ook veel gebruik gemaakt van bronnen uit de media. Doordat ik in deze thesis regelmatig verwijs naar actuele thema's kwam het meermaals voor dat ik een artikel uit de krant van die ochtend linea recta in een hoofdstuk kon verwerken. Hierdoor wordt wetenschappelijke literatuur vaak afgewisseld met journalistieke artikelen uit de krant, opiniebladen of kwesties die in talkshows aan de kaak werden gesteld. Deze journalistieke bronnen gelden echter alleen ter illustratie van hetgeen in wetenschappelijke bronnen wordt gepresenteerd.

Casus

In de inleiding is een casus geïntroduceerd over de repatriëring van Nederlandse vrouwen en kinderen uit Syrië. Deze casus loopt als een rode draad door deze thesis heen en komt met name in hoofdstuk drie en vier aan de orde. Ze dient echter voornamelijk als voorbeeld om aan te duiden hoe de verschillende dimensies van legitimiteit zich verhouden tot een hybride rechtslandschap. Het doel is niet om een volledig uitgewerkt antwoord te geven op deze zaak, maar om de complexiteit ervan aan te tonen, die typerend is voor rechtspreken in de 21^e eeuw.

Terminologie

Met Vrouwe Justitia in het achterhoofd wordt de rechter gedurende deze thesis consequent aangeduid met 'zij'. Ik ben me ervan bewust dat dit geen recht doet aan de vele mannelijke rechters, noch aan de meervoudige kamers waarin meer dan één rechter rechtspreekt. Echter, in het belang van literaire consistentie blijf ik in deze thesis het vrouwelijk enkelvoud gebruiken als ik spreek over 'de rechter'.

HOOFDSTUK I

Klassieke Dimensies van Rechterlijke Legitimiteit

1.1 Legitimiteit: een ongrijpbaar begrip

Het uitoefenen van macht over een of meerdere andere mensen is een terugkerend thema in alle samenlevingen.²¹ Degenen die aan deze macht worden onderworpen kunnen dit ervaren als dwang of bedreiging en in de handen van bepaalde heersers kan macht wreed uitpakken. De geschiedenis leert ons dat macht corrumpeert en absolute macht absoluut corrumpeert, naar het welbekende adagium van Lord Acton: “Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely”.²² Doordat risico’s inherent zijn aan absolute macht, hebben samenlevingen geprobeerd om deze macht te onderwerpen aan regels en systemen van wederzijdse controles (*checks and balances*). Wanneer macht wordt verworven en uitgeoefend volgens gerechtvaardigde regels, en met bewijs van instemming, noemen we dat rechtmatig of legitiem.²³

Legitimiteit is een breed en enigszins ongrijpbaar concept. In abstracto weten we wat er met legitimiteit wordt bedoeld maar het is moeilijk om een eenduidige definitie te geven of een bevredigende verklaring op te stellen ten aanzien van de vraag hoe legitimiteit wordt gegenereerd, verkregen of verloren gaat. Dit heeft onder meer te maken met de vele verschillende aspecten die legitimiteit rijk is en de verschillende disciplines waar het aan raakt. Anne Meike Bokhorst schreef in 2014 een proefschrift over de bronnen van legitimiteit en het viel haar op hoezeer onderzoekers de neiging hebben om de complexiteit van legitimiteit te reduceren tot een eenzijdige definitie die aansluit bij het disciplinaire discours van de onderzoeker.²⁴ Zoals wel vaker het geval is met containerbegrippen, worden ze gretig gebruikt door velerlei wetenschappelijke disciplines met allen een eigen begrippenkader en focus van onderzoek.²⁵ Juristen leggen legitimiteit uit als het handelen in overeenstemming met de wet, waarbij legitimiteit

²¹ D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991) 3.

²² J Dalberg-Acton, ‘Letter to Bishop Mandell Creighton on April 5, 1887’ in N Figgis en RV Laurence (red), *Historical Essays and Studies* (Macmillan 1907).

²³ D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991) 3.

²⁴ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014).

²⁵ H Grootelaar en K van den Bos, ‘Naar Meer Ervaren Legitimiteit van de Nederlandse Rechtspraak’ in R Ortlep e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 276.

gelijk wordt gesteld aan legaliteit of wettigheid.²⁶ Wanneer filosofen zich met het onderwerp bezighouden, hebben zij het over legitimiteit als het rechtvaardige, het moreel juiste of het goede. Politicologen benadrukken de door allen erkende democratische macht die kan leiden tot een legitieme verkrijging van politieke autoriteit en sociale wetenschappers denken bij legitimiteit aan maatschappelijke acceptatie van en het vertrouwen in de gezaghebber of het gezaghebbende instituut. Hoewel deze concepten makkelijker te operationaliseren zijn doordat ze zich beperken tot één dimensie van legitimiteit, zijn ze onvolledig.

Legitimiteit heeft verschillende lagen, kanten en dimensies die allen bijdragen aan het beantwoorden van de vraag: Wie heeft het recht om gezag uit te oefenen? Dit gezag omsluit het recht om te regeren, het recht om wetten uit te vaardigen en het recht om deze wetten af te dwingen door het opleggen van boetes of een gevangenisstraf wanneer deze wetten niet worden opgevolgd.²⁷ In een liberale democratie gaat het om het politieke gezag om wetten op te stellen waaraan niet alleen het volk maar ook de staat wordt onderworpen. Echter, over de vraag of een legitieme staat ook altijd een (liberale) democratie moet zijn, bestaat in de literatuur geen consensus.²⁸

De term legitimiteit raakte pas vanaf de negentiende eeuw in zwang. De term was toen echter beperkt tot het juridische domein; het ging om het wettelijke recht om gezag uit te mogen oefenen.²⁹ Nog steeds worden de termen *legitimiteit* en *legaliteit* vaak met elkaar verward. *Van Dale Online* geeft voor beide woorden de beschrijving, namelijk 'wettigheid'. Maar het zijn echter geen synoniemen. Reeds in de dertiende eeuw maakte Thomas van Aquino (1225-1274) een onderscheid tussen illegale en illegitieme vormen van tirannie. Een tiran kan op legale wijze een wet uitvaardigen, maar wanneer de onderdanen deze wet niet als zodanig erkennen, zullen zij deze als illegitiem ervaren.³⁰ Het idee van legitimiteit klinkt vervolgens door in de middeleeuwse spreuk: "quod omnes tangit ab omnibus approbatur"; dat wat allen raakt moet door allen erkend worden.³¹ Deze 'erkenning door allen' raakt aan een politieke dimensie van legitimiteit. Zo zien we dat 'wettigheid' geen synoniem is, maar slechts een van de voorwaarden van legitimiteit.

²⁶ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014) 22.

²⁷ F Peter, 'Political Legitimacy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>> bezocht op 28 juli 2020.

²⁸ F Peter, 'Political Legitimacy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>> bezocht op 28 juli 2020.

²⁹ P Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (Cambridge University Press 2008) 114.

³⁰ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014) 19.

³¹ JG Merquior, *Rousseau and Weber. Two Studies in the Theory of Legitimacy* (Routledge 1980).

Historisch gezien wordt legitimiteit geassocieerd met de natiestaat en de besluiten die binnen deze staat worden genomen.³² Dit roept de vraag op hoe het begrip legitimiteit van toepassing kan zijn op een natiestaat wanneer de beslissingen die daarbinnen worden genomen een uitwerking hebben op de internationale context.³³ Daarnaast kan legitiem gezag worden uitgeoefend door verschillende partijen. In de meest basale zin betekent legitimiteit dat iemand het recht heeft om macht uit te oefenen over een of meerdere personen. Vaak denken we hierbij aan een soeverein of koning, maar in soortgelijke mate kan men spreken over de legitimiteit van een wetgever om wetten uit te vaardigen, van een politiebeambte om iemand in te rekenen en van een rechter om een gerechtelijk vonnis uit te spreken. Hiermee oefent de rechter een bepaalde macht uit over degene die voor haar staat. Deze laatste vorm van legitimiteit zal in deze thesis centraal staan.

Een toonaangevend werk dat legitimiteit beschrijft in een veelheid van facetten is *The Legitimation of Power* (1911) van de socioloog David Beetham.³⁴ Volgens Beetham is een machtsrelatie niet legitiem omdat mensen geloven in de legitimiteit ervan, maar omdat deze gerechtvaardigd kan worden in termen van hun overtuigingen.³⁵ Deze rechtvaardiging kent vervolgens meerdere dimensies. De sleutel tot het begrijpen van legitimiteit is door het multi-dimensionele karakter van het begrip te erkennen. Beetham onderscheidt hiervoor de volgende onderdelen:³⁶

- Het gezag is verkregen en wordt uitgeoefend in navolging van wettig vastgestelde regels (legaliteit);
- Deze regels vloeien voort uit maatschappelijk aanvaarde overtuigingen over a) de rechtmatige bron van het gezag en b) de juiste doelen van de staat (normatieve of ethische rechtvaardiging);
- Het gezag wordt uitgeoefend met toestemming van ondergeschikten (politieke erkenning)
- Het gezag wordt ook daadwerkelijk als geldend ervaren door ondergeschikten (maatschappelijke acceptatie);

Aan de hand van deze criteria kom ik tot de volgende definitie van legitimiteit: Legitimiteit is het gerechtvaardigde, wettelijke, politiek erkende en maatschappelijk

³² F Peter, 'Political Legitimacy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>> bezocht op 28 juli 2020.

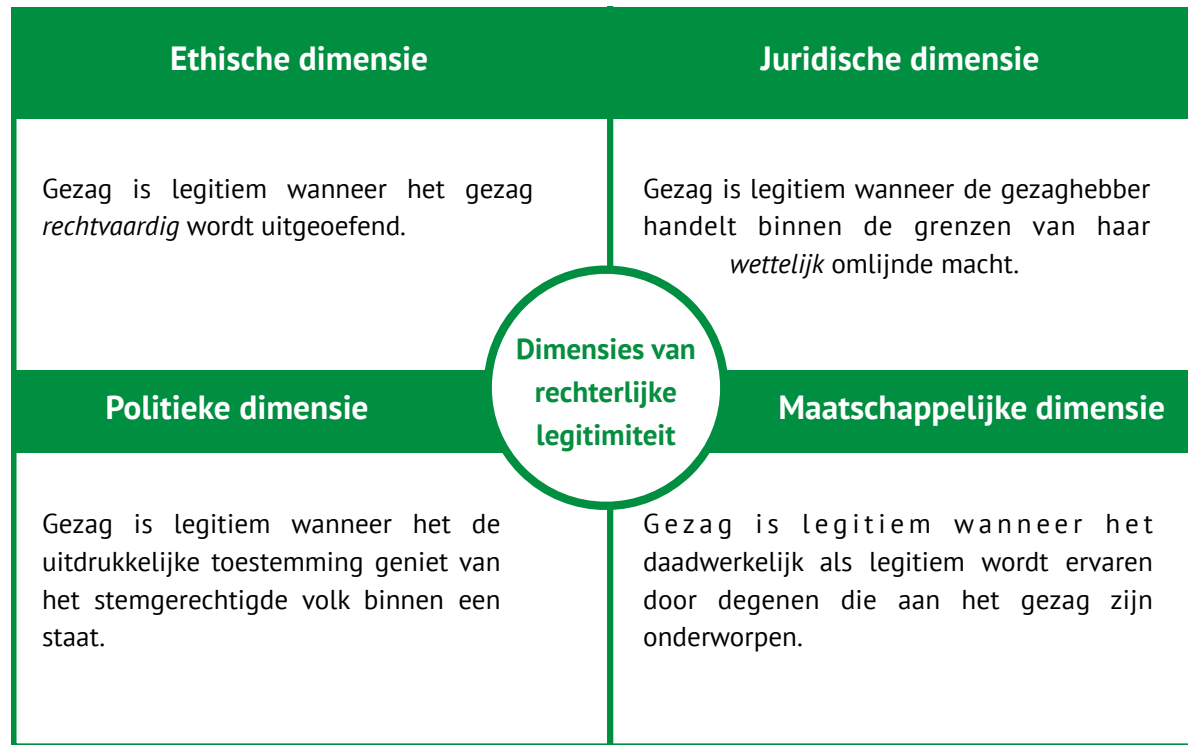
³³ F Peter, 'Political Legitimacy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>> bezocht op 28 juli 2020.

³⁴ D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991).

³⁵ D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991) 11.

³⁶ D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991) 15-20.

geaccepteerde recht om gezag uit te oefenen. Deze definitie van legitimiteit kent vier dimensies die hieronder schematisch zijn weergegeven.



Schematische weergave van de vier klassieke dimensies van legitiem gezag

Niet alle definities van legitimiteit omvatten alle vier deze dimensies. Zuivere rechtspositivisten zullen de ethische dimensie niet als een losse dimensie erkennen en voor doorgewinterde natuurrechtdenkers zal een wet niet per se hoeven te zijn opgeschreven om legitiem te kunnen zijn. Daarnaast worden de maatschappelijke acceptatie en politieke erkenning niet altijd onderscheiden. Echter, de formele politieke erkenning die burgers vooraf als stemgerechtigde kiezers verlenen, komt niet per definitie overeen met de maatschappelijke acceptatie van regels door verschillende normadressaten in de praktijk.³⁷ In sommige gevallen kan de acceptatie van degene op wie de regel van toepassing is, losstaan van degenen uit wier naam de regels worden opgesteld.³⁸ Wat door allen politiek erkend is, wordt periodiek vastgesteld tijdens verkiezingen terwijl maatschappelijke acceptatie altijd in ontwikkeling is.³⁹

³⁷ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014) 21.

³⁸ J Black, 'Legitimacy and the Competition for Regulatory Share' (2009) LSE Working Papers 9; R Barker, *Political Legitimacy and the State* (Oxford University Press 1990) en D Beetham, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991).

³⁹ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014) 21.

In dit eerste hoofdstuk zullen de vier bovengenoemde dimensies van rechterlijke legitimiteit afzonderlijk worden besproken. Vervolgens zal uiteen worden gezet hoe de dimensies samenhangen om tot een werkbaar conceptueel kader van rechterlijke legitimiteit te komen die als basis dient voor het vervolg van deze thesis. Hierbij wordt gekeken naar de klassieke manier waarop de verschillende dimensies van legitimiteit worden ingevuld. Ik noem deze dimensies ‘klassiek’, omdat de ideeën waarop ze gestoeld zijn veelal ontstonden in de achttiende eeuw toen verlichtingsidealen leidend waren. Later, in hoofdstuk twee en drie zullen we zien dat deze klassieke benadering niet altijd meer treffend aansluit bij de huidige realiteit.

1.2 De ethische dimensie

Eén van de belangrijkste maar ook meest ambigue dimensies van legitimiteit is ‘rechtvaardigheid’. Deze dimensie gaat ervan uit dat een *legitieme* wet of beslissing in de eerste plaats een *juiste* is. Filosofen en ethici proberen al eeuwenlang een antwoord te vinden op de vraag of en hoe juist kan worden gehandeld. Zo hebben deugdethici, utilisten en kantianen allen een eigen visie op deze beoogde juiste handelswijze van de mens. Maar de vraag naar het ethische handelen van de *rechter* gaat nog een stapje verder. Je hoeft geen rechtsgeleerde te zijn om in te zien dat het bestaan van een rechterlijk instituut op grote schaal de handelswijze van mensen beïnvloedt en dat een rechterlijk oordeel ervoor kan zorgen dat burgers iets wordt afgenomen dat zij van grote waarde achten. In de woorden van de rechtsfilosoof Ronald Dworkin (1931-2013): “People often stand to gain or lose more by one nod of a judge than they could by any general Act of Congress or Parliament.”⁴⁰ Een simpel knikje van de rechter kan de levensloop van iemand doen veranderen. Uiteraard is de rechtspraak niet het enige instituut dat een wezenlijke invloed kan hebben op de fundamentele belangen van individuen. Ieder mens wordt bewust of onbewust in haar keuzes gestuurd en beïnvloed door familie, vrienden, scholen en godshuizen. Echter, de rechtspraak is hierbinnen een bijzondere factor, omdat ze beslissingen neemt die met behulp van de staat worden uitgevoerd en kunnen worden geforceerd door extreme vormen van financiële of vrijheidsbeperkende dwangmiddelen. Ook is de reikwijdte van de rechtspraak veelomvattend. Rechterlijke beslissingen kunnen invloed uitoefenen op vrijwel alle aspecten van het leven van burgers en werken door in bijna alle maatschappelijke instellingen.⁴¹ In Nederland komen er jaarlijks gemiddeld 1,8 miljoen zaken voor de rechter.⁴² Van een omgangsregeling voor ouders en kind tot ontslagzaken; van de

⁴⁰ R Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986) 1.

⁴¹ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 3.

⁴² De Rechtspraak, ‘Basisverhaal Rechtspraak’ <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Rechtspraak-in-Nederland/paginas/basisverhaal-rechtspraak.aspx>> geraadpleegd op 17 juli 2020.

berechting van een dronken automobilist tot het bestraffen van een verkrachter; van huisuitzettingen tot massaschade door woekerpolissen. De rechtspraak is een reflectie van haar samenleving. Door deze verregaande strekking van rechterlijke beslissingen en de indringende consequenties die ze kan opleggen is de ethische dimensie van de rechtspraak een van de belangrijkste pijlers van haar legitimiteit. Om wederom Dworkin aan te halen: “there is inevitably a moral dimension to an action of law.”⁴³ Doordat rechterlijke beslissingen burgers dusdanig hard kunnen treffen, heeft iedere rechtshandeling onvermijdelijk een morele dimensie. Hierdoor staat er bij de ethische dimensie van rechterlijke legitimiteit meer op het spel dan de vraag of de meerderheid van de bevolking de rechtspraak de facto accepteert.⁴⁴

Wanneer in de literatuur wordt gesproken over de ethische dimensie van rechtspraak wordt vaak gekeken naar manieren waarop een rechterlijke beslissing kan worden gerechtvaardigd en waarom de burger de opgelegde lasten zou accepteren.⁴⁵ Volgens de rechtsfilosofe Iris van Domselaar worden er beduidend weinig normatieve theorieën gepresenteerd die naast de morele kwaliteit van een rechterlijk oordeel, ook de ondoorzichtigheid, onvoorzienbaarheid, grilligheid en pijnlijkheid van de rechtspraak blootleggen.⁴⁶ Van Domselaar verbindt dit aan de ‘stabiliserende functie’ die deze opvattingen over de rechtspraak onderschrijven. Deze stabiliserende opvatting over rechtspraak staat tegenover wat Van Domselaar noemt ‘ontregelde rechtspraak’.⁴⁷ Ik zal hieronder eerst ingaan op de stabiliserende rechtspraak, omdat deze visie dominant is in de manier waarop wij in het westen naar de rechtspraak kijken. In hoofdstuk drie komt de ontregelende rechtspraak aan bod.

Een stabiliserende of ‘zelfbevestigende’ visie op de rechtspraak verwijst naar een idee dat de rechtsfilosofie en rechtstheorie lange tijd heeft beheerst en dat in overwegende mate nog steeds doet. Volgens deze visie staat een rechtvaardige rechterlijke beslissing gelijk aan de toepassing van een coherent en consistent geheel van ‘traditionele’ rechtsbronnen, zoals wetten, jurisprudentie en rechtsbeginselen.⁴⁸ Dit systeem is

⁴³ R Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986) 1.

⁴⁴ I van Domselaar, “Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’ (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 795.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: D Lyons, ‘Justification and Judicial Responsibility’ (1984) 72 *California Law Review* 72,

K Greenawalt, ‘Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges’ (1975) 75

Columbia Law Review 2 R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977),

L B Solum, ‘Virtue Jurisprudence. A Virtue-Centered Theory of Judging’ (2003) 34 *Metaphilosophy* 1/2, P Soper, ‘Legal

Theory and the Obligation of A Judge: The Hart/Dworkin Dispute’ (1977) 75 *Michigan Law Review* 3 en D Richards,

‘The Theory of Adjudication and the Task of the Great Judge’ (1979) *Cardozo Law Review* 171.

⁴⁶ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 4.

⁴⁷ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) en I van Domselaar, “Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’ (2011) *Nederlands Juristenblad* 795.

⁴⁸ I van Domselaar, “Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’ (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 795.

coherent binnen een afgebakende jurisdictie. In een klassieke opvatting van rechterlijke legitimiteit spreekt de nationale rechter recht op basis van de wetten die binnen de staat gelden en alléén effect hebben, en van toepassing zijn, op de mensen binnen deze natiestaat. Het recht wordt, in dworkiniaanse termen' begrepen als een 'seamless web' waarbinnen rechtsvragen altijd rationeel kunnen worden beantwoord. Dworkin zet de halfgod Hercules in als metafoor voor een ideale rechter die altijd een 'juist antwoord' kan vinden in de wet.⁴⁹ Volgens deze stabiliserende visie bestaat er dus altijd een 'juist antwoord' in iedere kwestie, al moet je wel een halfgod zijn om dit ook daadwerkelijk te vinden.

Dit geloof in een 'juist antwoord' is een belangrijk, terugkerend thema in de manier waarop we naar het recht kijken. Door het ene oordeel als 'rechtvaardig' te kwalificeren, wordt een ander automatisch als onrechtvaardig getypeerd. Volgens deze zienswijze is een rechterlijk oordeel een vorm van "imposing purpose on an object or practice in order to make it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong."⁵⁰ Doordat rechters geacht worden te zijn gebonden aan één naadloos en alomvattend systeem, wordt het rechterlijk instituut ook gezien als één orgaan waarin individuele rechters geen rol spelen.⁵¹ Een rechtszoekende burger hoeft zich er dus niet om te bekommeren of zijn rechtsvraag bij de rechtbank in Leeuwarden anders wordt beoordeeld dan bij de rechtbank in Utrecht; het recht spreekt overal en tegen iedereen met dezelfde objectieve stem. Deze visie is daarom stabiliserend voor het rechterlijk instituut en voor de rechtszoekende burger en draagt bij aan de rechtszekerheid en het vertrouwen in een robuust en objectief systeem.

Daarnaast heeft deze visie een stabiliserende uitwerking op de rechters zelf. Door de rechtspraak te bezien vanuit deze stabiliserende bril wordt zij gevrijwaard van onzekerheid en kwetsbaarheid. In normale gevallen, dat wil zeggen gevallen waarin de rechtspraak naar behoren functioneert en er geen rechterlijke dwalingen of fouten optreden, behoort het leed of de schade die voortvloeit uit de rechterlijke beslissing niet tot de zorg van de rechtspraak.⁵² Er is sprake van wat Dworkin noemt 'bare harm'; een subjectieve en juridisch irrelevante ervaring van de verliezende partij.⁵³ Vrijwel ieder rechterlijk oordeel heeft *rafelranden*. Hiermee bedoel ik dat er na een finaal rechterlijk oordeel nog pijnlijke, onafgeknoopte eindjes blijven hangen. Dit is met name zichtbaar bij zaken die doorlopen tot aan de hoogste rechterlijke instantie. In deze zaken is eigenlijk

⁴⁹ R Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986).

⁵⁰ R Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986) 52.

⁵¹ I van Domselaar, "Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak' (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 797.

⁵² I van Domselaar, "Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak' (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 795.

⁵³ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 34.

al bewezen dat beide partijen in het gelijk kunnen worden gesteld. Het is immers geen uitgemaakte zaak gebleken voor de lagere rechters. Wanneer er in een dergelijke zaak toch een *winnaar* naar voren komt, blijft de *verliezer* achter met een gevoel van gemis dat niet door het recht wordt gedekt. Ondanks dat de verliezende partij na een rechterlijk oordeel boos of gefrustreerd is, is er juridisch gezien geen sprake van een moreel verlies.⁵⁴ Conventionele rechtstheorieën gaan ervan uit dat zodra een bepaald geval van menselijk lijden objectief wordt gerechtvaardigd door iets wat 'de wet' wordt genoemd, de rechtsorde wat dit betreft geen 'vuile handen' maakt.⁵⁵ Hierdoor kan de rechter deze zeer pijnlijke gevolgen van haar beslissing met een neutraal gemoed en zuiver geweten aanschouwen; het leed dat de Nederlandse vrouwen en kinderen in Syrië wordt toegebracht is juridisch gezien immers irrelevant. Hierdoor heeft deze visie ook op de rechter een stabiliserende uitwerking. Het nemen van een beslissing impliceert fiducia en gemoedsrust in plaats van onzekerheid en een knarsend geweten; het biedt de rechter moreel gezien houvast. Niet de rechter, maar het recht is primair verantwoordelijk voor de consequenties van de uiteindelijke beslissing.⁵⁶ Hoewel menig rechtsgeleerde kanttekeningen bij bovenstaande beschrijving zou willen plaatsen, is dit uiteindelijk de (grove) lijn waarlangs ons rechtssysteem opereert en functioneert. Dit begint reeds bij de manier waarop we ons juridisch onderwijs indelen. Tijdens tentamens moeten studenten casussen oplossen waarbij de feiten zijn gegeven en de wetsartikelen en jurisprudentie voldoende duidelijk en eenduidig worden geacht. In het antwoordmodel is slechts één antwoord juist. Subjectieve inbreng is juridisch gezien irrelevant en wordt daarom fout gerekend.⁵⁷

Deze stabiliserende visie op de rechtspraak heeft een ankerpunt nodig om haar evenwicht te behouden. Dit ankerpunt neemt vaak de vorm aan van een regel, een precedent of een rechtsbeginsel maar vloeit ook altijd voort uit een dieperliggende normatieve theorie. Deze normatieve theorie is vooraf gegeven en biedt een uitputtende, valide en rechtvaardigende maatstaf waarlangs elke rechterlijke beslissing kan worden uitgelezen.⁵⁸ Een dergelijke maatstaf voorziet in een standaard om opties te vergelijken en te rangschikken naar 'verplicht', 'toelaatbaar', 'ontoelaatbaar', 'rechtsgeldig', 'afdwingbaar', 'niet-afdwingbaar', 'nietig' et cetera. Doordat de rechtspraak één solide en naadloos geheel beoogt te zijn, is er voor iedere juridische beslissing een valide maatstaf

⁵⁴ I van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak' (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 798.

⁵⁵ LE Wolcher, *Law's Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering* (Ashgate 2008) 25.

⁵⁶ I van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak' (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 799.

⁵⁷ Aldus D Kennedy, 'Legal Education and the Reproduction of Hierarchy' (1982) 32 *Journal of Legal Education* 4 591 en E Mertz, *The Language of Law School: Learning to 'Think Like a Lawyer'* (Oxford University Press 2007).

⁵⁸ In de literatuur worden er verschillende namen gegeven aan deze 'hogere maatstaf' zoals 'commensurans', 'metric', 'scale', 'higher level synthesizing category', 'common unit of measurement' of 'common measure'. Zie voor een overzicht: I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 25.

op grond waarvan een rechter een juiste juridische keuze kan maken.⁵⁹ Op deze manier ziet een stabiliserende benadering van rechtspraak de rechtspraak als een institutioneel toegepaste morele theorie.⁶⁰ Wanneer er een aanknopingspunt in deze morele theorie ontbreekt, moet de rechter er haar handen niet aan branden en is het beter om de zaak over te dragen aan de politiek.⁶¹ Op deze manier volstaat de rechter met een 'beperkte discretie' in dworkiniaanse zin.⁶² De normatieve maatstaf bestaat al voordat de rechter wordt geconfronteerd met een zaak; de juiste beoordeling komt dus als het ware van buitenaf.⁶³

Vervolgens dient zich de vraag aan *welke* normatieve theorie als fundament kan dienen voor een rechtvaardig juridisch beslissingsmodel. Zoals gezegd proberen normatieve theorieën over rechtvaardigheid uiteindelijk de praktijk te rangschikken en systematiseren. Daarom wordt in normatieve theorieën de moraal vaak boven de praktijk gesteld.⁶⁴ Normatieve theorieën over rechtvaardigheid worden vaak gezien als een typisch product van de Verlichting en van de moderne filosofie.⁶⁵ Dit komt doordat het doel van de Verlichting was om zo dicht mogelijk bij een soort intellectuele utopie te komen waarin onwetendheid en bijgeloof worden vervangen door een naadloos web van overtuigingen die door rationele methoden kunnen worden geverifieerd.⁶⁶

De rechtsontwikkeling in West-Europa kan niet los worden gezien van de joods-christelijke opvattingen die voor lange tijd het denken op dit continent hebben gedomineerd. Geïnspireerd door deze monotheïstische religies, bestaat er een wijdverbreide overtuiging dat er een absoluut goed en een absoluut kwaad bestaat. Waar Petrus, met het Boek des Levens in de hand, beslist of een individu door de hemelpoort mag gaan of is gedoemd tot de hel, maakt een rechter deze afweging op aarde gestaafd door wetboeken, verdragen en jurisprudentie. Als gevolg van deze historisch sterke overtuiging in de absolute tegenstelling tussen goed en kwaad, juist en onjuist, en hemel en hel bieden veel (rechts)filosofische doctrines alomvattende theorieën die goed van kwaad scheiden en een moreel juist antwoord uitwijzen in elke gegeven situatie.

⁵⁹ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 24.

⁶⁰ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 22.

⁶¹ E Brems (ed), *Conflicts between Fundamental Rights* (Claredon Press 1995) 30.

⁶² R Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Harvard University Press 1977) 31-39.

⁶³ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 27.

⁶⁴ G Hawthorn, Bernard Willems. *In the Beginning was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (Princeton University Press 2005) 2-3.

⁶⁵ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014), 46.

⁶⁶ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 46.

Tijdens de Verlichting kwam het moderne filosofische denken tot volle wasdom. Dit moderne denken wordt gekenmerkt door de zoektocht naar absolute waarheden en door een gecentraliseerde positie van het individu. In plaats van geregeerd te worden door een vorst of een God, werd individuele vrijheid en ontwikkeling gestimuleerd. Veel Verlichtingsdenkers zagen de macht van de kerk als een obstakel om een wetenschap te ontwikkelen waarin de menselijke ratio werd gecentraliseerd. Zij probeerden het religieuze bijgeloof te vervangen door menselijke rede en de morele leer te ontdoen van religieuze dogma's.⁶⁷ Geïnspireerd door de eenduidigheid van de exacte wetenschappen zoals wiskunde en natuurkunde, zochten filosofen naar een absolute waarheid binnen de filosofie op basis van de menselijke ratio.

Dit rationalistische systeem, is duidelijk herkenbaar in het werk van de Franse filosoof René Descartes (1596-1650).⁶⁸ In zijn *Tweede Meditatie* probeert Descartes via zijn beroemde 'methodologische twijfel' of 'Cartesiaanse twijfel' een onfeilbare waarheid te benaderen.⁶⁹ Deze methode is erop gericht om systematisch alles in twijfel te trekken om zodoende tot een ontwijfelbare kern te komen. Dit gedachte-experiment brengt Descartes tot de opvatting dat er niet kan worden getwijfeld aan het twijfelen zelf. Het enige wat men zeker kan weten is dat iets of iemand aan het twijfelen is en dat er daarom iets of iemand bestaat die twijfelt.⁷⁰ Twijfelen kan worden gezien als een manier van denken, hetgeen leidt tot de conclusie: ik twijfel, dus ik denk. De laatste stap naar Descartes' beroemde uitspraak is hiermee gelegd: "Ik denk, dus ik ben" (*cogito ergo sum*).⁷¹ Deze Cartesiaanse gedachtegang centraliseert het individu en opent de weg voor een ethische theorie die gebaseerd is op de menselijke ratio en zelfbeschikking in plaats van een goddelijk recht.⁷²

Tijdens de Verlichting maakte de absolute en onvoorwaardelijke macht van een goddelijke koning plaats voor de intellectuele emancipatie van de mens en het nastreven van gelijkheid, vrijheid en broederschap. Hoewel deze 'grote verhalen' sinds de postmoderniteit hevig worden betwist, zijn het nog steeds deze theorieën waarop ons rechtssysteem is gestoeld. Ons rechtssysteem opereert op een manier die uitgaat van een

⁶⁷ A Kenny, *A Brief History of Western Philosophy* (Blackwell 1998) 244.

⁶⁸ W Bristow, 'Enlightenment' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/enlightenment/>> bezocht op 29 juli 2020.

⁶⁹ R Descartes, *Meditations of First Philosophy: With Selections from the Objections and Replies* (eerste druk 1641, M Moriarty vertaling, Oxford University Press 2008).

⁷⁰ R Descartes, *Meditations of First Philosophy: With Selections from the Objections and Replies* (eerste druk 1641, M Moriarty vertaling, Oxford University Press 2008) 18.

⁷¹ R Descartes, *Meditations of First Philosophy: With Selections from the Objections and Replies* (eerste druk 1641, M Moriarty vertaling, Oxford University Press 2008) 20-24.

⁷² E J Popke, 'Poststructuralist Ethics: Subjectivity, Responsibility and the Space of Community' (2003) 27 *Progress in Human Geography* 3 298, 302-303.

duidelijke afbakening van goed en fout gedrag en een rechter die deze afbakening definitief kan bepalen door de juiste wet toe te passen waaruit een rechtvaardig vonnis volgt.

Veel normatieve rechtvaardigheidstheorieën zijn dan ook ontwikkeld tegen deze achtergrond. Het spreekt voor zich dat het geven van een volledige typologie van normatieve rechtvaardigheidstheorieën hier onmogelijk is en tevens niet bijdraagt aan de algemene schets die ik hier probeer te geven. Het is echter wel van belang dat veel van deze normatieve theorieën een absolute status toekennen aan hun opvattingen over rechtvaardigheid.⁷³ Aangezien de theorie voorrang krijgt op de politieke praktijk, wordt het rechtvaardigheidsperspectief dat deze theorieën voorstelt gepresenteerd als een “definitief antwoord.”⁷⁴ Dit betekent dat wanneer een bepaalde theorie eenmaal wordt beschouwd als de beste die op een bepaalde tijd en plaats beschikbaar is, de beginselen ervan moeten worden toegepast alsof ze een 'eens en voor altijd'-status hebben. Daarmee overwinnen ze alle andere, eerdere theorieën en moeten ze worden begrepen als absoluut waar.⁷⁵ Exemplarisch voor deze theorieën is de plichtenleer van Immanuel Kant (1724-1804). Kants morele leer gebruikt de begrippen ‘categorische imperatief’, ‘morele wet’ en ‘plicht’ om aan te duiden dat een mens moreel juist *moet* handelen. Volgens deze categorische imperatief is een handeling altijd goed of fout, ongeacht de specifieke plaats, tijd of omstandigheid waarin de situatie zich voordoet.⁷⁶ Indien de menselijke waardigheid van een individu wordt ontkend doordat iemand louter als middel wordt gebruikt dan is dit altijd moreel verwerpelijk. Na de Tweede Wereldoorlog heeft deze kantiaanse begripsbepaling zelfs zijn weg gevonden in de preambule van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en in het eerste artikel van de Duitse grondwet.⁷⁷ Hiermee is deze plichtenleer een duidelijk voorbeeld van een normatieve rechtvaardigheidstheorie die fungeert als fundament voor het handelen dat altijd juist of onjuist is.

1.2.1 Subconclusie

Rechterlijk handelen kan het leven van individuen sterk beïnvloeden, mede doordat beslissingen kunnen worden afgedwongen door de staat met ingrijpende middelen zoals

⁷³ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 47.

⁷⁴ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 47.

⁷⁵ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014), 47.

⁷⁶ R Johnson en A Cureton, ‘Kant’s Moral Philosophy’ in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/kant-moral/>> bezocht op 29 juli 2020.

⁷⁷ M Rothhaar, ‘Human dignity and human rights in bioethics: the Kantian approach’ (2010) 13 *Medical Healthcare and Philosophy* 251, 251-252.

geldboetes en gevangenisstraffen. Daarom benadrukt de ethische dimensie van legitimiteit dat een rechterlijke beslissing als legitiem kan worden aangemerkt wanneer deze beslissing rechtvaardig is. Er zijn verschillende manieren om deze rechtvaardigheid te bezien. Van Domselaar maakt een onderscheid tussen stabiliserende visie op de rechtspraak en ontregelende visie waarbij de eerste dominant is in de manier waarop er in het westen naar de rechtspraak wordt gekeken. Een stabiliserende visie op de rechtspraak ziet het recht als een naadloos geheel waarbij wetten, rechtsbeginselen en precedentes gestaafd door normatieve rechtvaardigheidstheorieën in iedere juridische kwestie kunnen voorzien. Mits er geen juridische fouten worden gemaakt, behoort het eventuele nevenschikkende leed dat door een rechterlijke beslissing wordt veroorzaakt niet tot het morele domein van de rechtspraak. Een rechter kan zich hierdoor 'verschuilen' achter de stabiliteit van het ethische, naadloze netwerk van het recht. De stabiliserende visie op de rechtspraak vindt haar ankerpunt in morele theorieën over rechtvaardigheid. Veel van deze rechtvaardigheidstheorieën hebben hun wortels in het verlichtingsdenken van de 18^e eeuw. Dit verlichtingsdenken wordt gekenmerkt door een zoektocht naar een absolute en onvoorwaardelijke waarheid, geschraagd op de menselijke ratio. Exemplarisch voor deze zoektocht is de plichtenleer van Immanuel Kant; Volgens zijn categorische imperatief zijn bepaalde handelingen *altijd* goed of fout, ongeacht een specifieke tijd, ruimte of omstandigheid. Als deze normatieve rechtvaardigheidstheorieën kunnen waarmaken wat zij beweren, dan heeft dit een stabiliserende werking op zo wel de rechtspraktijk als op de betrokken burger en de individuele rechter. Voor zover een rechterlijke beslissing in overeenstemming wordt genomen met de beginselen van een morele rechtsvaardigheidstheorie en de rechtsmiddelen die daaruit voortvloeien, kan men ervan uitgaan dat de beslissing bepaald is, of op zijn minst voldoende beperkt wordt, door de beginselen van deze normatieve theorie. Zo kan er altijd een rationele oplossing voor het conflict in kwestie worden gevonden en worden de aanspraken van betrokken burgers uitputtend bevredigd. Aan een verliezende burger kan een uitputtende en expliciete reden worden gegeven waarom hij de lasten van een bepaalde gerechtelijke beslissing moet dragen. Zo'n burger wordt niet 'opgeofferd', maar krijgt wat hem moreel gezien toekomt.⁷⁸

1.3 De juridische dimensie

Om legitiem te zijn moet een beslissing juist zijn. Dat wil zeggen dat de beslissing volgens een bepaalde ethische theorie of opvatting rechtvaardig is. Ook als we accepteren dat échte rechtvaardigheid nooit bereikt zal worden moet een beslissing

⁷⁸ I van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (Universiteit van Amsterdam 2014) 50.

gestoeld zijn op een nastrevenswaardige visie op rechtvaardigheid. De volgende vraag die zich aandient is: door wie moet deze juiste beslissing worden genomen en op grond waarvan? Deze vraag heeft een *formele* of procesmatige component (door wie moet deze beslissing worden genomen?) en een *materiële* of inhoudelijke component (op grond waarvan moet de beslissing worden genomen?) In verschillende historische perioden wordt een verschillend antwoord geformuleerd beide vragen. In de klassieke oudheid beschreef Plato (427-347 v. Chr.) dat het gezag over de gemeenschap zou moeten liggen bij degenen die daarvoor het meest geschikt zijn. Volgens Plato moet de schoenmaker zich bezighouden met het maken van schoenen en een timmerman met timmeren.⁷⁹ Eveneens moet de soevereiniteit van een staat liggen bij de persoon die het beste gezag kan uitoefenen over een gemeenschap en hierbij geen individuele belangen laat domineren. In Plato's ogen zijn dit de filosofen. In een ideale samenleving moet de politieke macht gekoppeld zijn aan wijsheid.⁸⁰ Oftewel, volgens de aristocratische opvatting van Plato is de filosoof-koning aangewezen om over een staat te regeren op grond van de rede.

In de middeleeuwen lag de absolute, soevereine macht lange tijd uitsluitend bij God. Deze Goddelijke soeverein kon vervolgens een deel van zijn macht overdragen aan daarvoor gegadigde vorsten en koningen die Zijn wil op aarde konden uitdragen en Zijn wetten zouden handhaven. In deze periode was de koning de schakel tussen het tastbare en het ontastbare, tussen het zichtbare en het onzichtbare en tussen het transcendente en het immanente. Een vorst haalde zijn legitimiteit uit de idee dat het Goddelijke recht of natuurrecht in zijn lichaam was neergedaald.

Een van de eerste filosofen die een meer politieke en juridische invulling gaf aan het begrip soevereiniteit, was Jean Bodin (1530-1596). Bodin definieert de soeverein als degene die de absolute en permanente macht heeft over een gemeenschap of staat.⁸¹ Volgens Bodin heeft een soeverein de bevoegdheid om burgers individuele en collectieve wetten voor te schrijven, zonder dat daarvoor toestemming nodig is van superieuren, gelijken of ondergeschikten.⁸² De vorst wordt als het ware beschouwd als de drager van de goddelijke soevereine rechtsmacht. Blijkbaar is de soevereiniteit van de vorst ook hier

⁷⁹ Door de sluiting van de bibliotheek i.v.m. COVID-19 heb ik voor het werk van Plato gebruik gemaakt van de volgende digitale uitgave: Stichting Ars Floreat, *Plato Politeia* (De Driehoek 2003) 141 <<http://www.arsfloreat.nl/documents/Plato10.pdf>> geraadpleegd op 28 juli 2020.

⁸⁰ Stichting Ars Floreat, *Plato Politeia* (De Driehoek 2003) 295 <<http://www.arsfloreat.nl/documents/Plato10.pdf>> geraadpleegd op 28 juli 2020.

⁸¹ J Bodin, *On Sovereignty: Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth* (eerste druk 1576, JH Franklin vertaling, Oxford University Press 1992) 1.

⁸² J Bodin, *On Sovereignty: Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth* (eerste druk 1576, JH Franklin vertaling, Oxford University Press 1992, 8 en JM Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Clarendon Press 1992) 175.

nog uitdrukkelijk verbonden aan het goddelijke recht of natuurrecht.⁸³ Pas met de Vrede van Westfalen in 1648 werd de soevereiniteit van de staat definitief boven de autoriteit van de kerk gesteld.⁸⁴ De Vrede van Westfalen bestond uit een serie vredesverdragen die die het einde inluiden van de Dertigjarige Oorlog (1618-1648) in het Heilige Roomse Rijk en de Tachtigjarige Oorlog (1568-1648) tussen Spanje en de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden.⁸⁵ De Vrede van Westfalen plaatste de staat – met een duidelijk afgebakend territorium – in het hart van de internationale orde. Wat binnen deze natiestaat gebeurde was een zaak voor de koningen, keizers of regenten van deze staat, het ging niemand anders wat aan. In zekere zin is het begrip ‘staatssoevereiniteit’ geboren in Westfalen.⁸⁶ Deze Vrede omsloot de bescherming van religieuze minderheden en erkende dat een staat zichzelf kon binden door een verdrag.⁸⁷ Een essentieel kenmerk van het Westfaalse denken – dat nog steeds een aanzienlijke weerslag heeft op het internationaalrechtelijke discours – is dat het internationaal recht uitsluitend betrekking heeft op staten en op statelijke verhoudingen. De wetten van een natie waren bindend voor eenieder die zich op het grondgebied van deze natie bevond. De Vrede van Westfalen creëerde echter nog geen afdwingbare rechten voor individuen. De nadruk op individuele rechten ontstond pas tijdens de Franse Revolutie. Volgens de Franse filosoof Claude Lefort (1924-2010) luidde de Franse Revolutie het begin in van de moderniteit. Lefort beschrijft hoe, na de onthoofding van Lodewijk XVI in 1793, de plaats van de macht definitief een *lege plaats* werd. Met deze executie stierven feitelijk twee lichamen: het vleselijke lichaam van de koning en ook de symbolische belichaming van de eenheid van het koninkrijk en Gods transcendente orde.⁸⁸ Hierdoor kon de monarchie plaatsmaken voor een rechtsstatelijke democratie. Niet langer gold het woord van de soeverein bij gratie Gods als de hoogste orde in plaats daarvan werd ook de machthebber onderworpen aan wetten. Op deze manier kwam er naast een goddelijke ook een rechtspositivistische invulling van de wet. Vanaf nu waren niet alleen de burgers maar ook de soeverein gebonden aan opgestelde wetten en was machtsuitoefening en rechtspraak niet langer overgelaten aan de grillige subjectiviteit van deze soeverein. Hiermee deed de materiële component zoals we haar nu kennen zijn intrede. Gezag werd niet meer ingegeven door aristocratische rede of Goddelijke gratie, maar werd gebaseerd op wettelijk verankerde

⁸³ J Bodin, *On Sovereignty: Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth* (eerste druk 1576, JH Franklin vertaling, Oxford University Press 1992) 4, 8.

⁸⁴ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 98.

⁸⁵ G Mak, *De Levens van Jan Six* (Atlas Contact 2016), deel vier.

⁸⁶ G Mak, *De Levens van Jan Six* (Atlas Contact 2016), deel vier.

⁸⁷ G Robertson, ‘De Lange Weg van Westfalen tot Heden. Mijlpalen in de Ontwikkeling van de Notie ‘Misdaden tegen de Mensheid’ (2004) 14 *Ethische Perspectieven* 2 148, 149.

⁸⁸ B Flynn, *The Philosophy of Claude Lefort: Interpreting the Political* (Northwestern University Press 2005) xxiv-xxv.

taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden die zijn ingebed in een idee van de rechtsstaat.⁸⁹

Deze overgang houdt in dat de soeverein niet langer beschikt over een absolute en permanente macht, maar dat ze hiervoor verantwoordelijkheid moet afdragen. Essentieel voor dit begrip is de leer van de machtscheiding die Charles Montesquieu (1689-1755) uiteenzet in *De l'Esprit des Lois* (De Geest der Wetten). Montesquieu onderscheidt drie machten die van elkaar gescheiden dienen te worden in een vrije samenleving: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht. De wetgevende macht (de regering) is bevoegd met het uitvaardigen, wijzigen of intrekken van wetten. Door middel van de uitvoerende macht (bijvoorbeeld het leger) kan de wetgevende macht vrede sluiten of de oorlog verklaren. De rechtsprekende macht (de rechter) is bevoegd tot het bestraffen van misdaden en het oordelen over geschillen tussen burgers. Deze macht doet dit op grond van de wetten die door de eerste macht zijn uitgevaardigd.⁹⁰ Volgens Montesquieu ziet een situatie er uitgesproken slecht uit wanneer dezelfde persoon of hetzelfde bestuursorgaan bekleed is met de drie machten tegelijk. In dat geval kan dezelfde vorst of senaat tirannieke wetten uitvaardigen en ze vervolgens op tirannieke wijze toepassen. Als deze macht tevens de rechtspreker is, is er daarnaast ook geen mogelijkheid meer tot herstel.⁹¹ Volgens Montesquieu moeten rechters optreden als willoze wezens die aan de kracht en strengheid van de wet geen afbreuk kunnen doen. Hij schrijft hierover het volgende: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”⁹² Volgens Montesquieu zijn de rechters van een natie slechts de mond die de woorden van de wet uitspreekt (“la bouche de la loi”).⁹³ Het zijn willoze wezens die geen eigen invloed uitoefenen ten aanzien van de kracht of strengheid van de wet. De rechter is een soort wiskundige die een rekensom oplost. De conclusie dat twee maal twee vier is, bevat evenveel ‘eigen mening’ van het rekenwonder als dat het dictum van een arrest persoonlijke overtuigingen van de oordelende rechter uitdrukt.⁹⁴ Deze juridische invulling van legitimiteit sluit aan bij de idee dat het wetboek een naadloos geheel vormt, zoals de klassieke ethische dimensie van legitimiteit veronderstelt. Alleen wanneer de wet altijd en overal een duidelijk antwoord kan uitwijzen, kan de rechter zich opstellen als willoos wezen dat de wet toepast.

⁸⁹ V Bekkers, ‘Imago en Legitimiteit’ in W Kickert e.a. (red), *Liefde voor het Openbaar Bestuur en Liefde voor de Bestuurskunde* (Eburon 2007) 38.

⁹⁰ C de Montesquieu, *Over de Geest der Wetten* (eerste druk 1728, J Holierhoek vertaling, Boom 2006) 219.

⁹¹ C de Montesquieu, *Over de Geest der Wetten* (eerste druk 1728, J Holierhoek vertaling, Boom 2006) 220.

⁹² C de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (eerste druk 1728, Tome Premier 1834) 49.

⁹³ Echter, de woorden ‘la bouche de la loi’ waren niet nieuw. De uitdrukking ‘rex lex loquens’ was al middeleeuwse beeldspraak. Volgens H de Kok, ‘Montesquieu en de Rechter. Een Commentaar’ (2005) 64 *Ars Aequi* 294, 294.

⁹⁴ G Boogaard en J Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over Rechter, Politiek en Rechtsvorming’ (2015) 1 *Ars Aequi* 64 61, 63.

Volgens een strikte lezing van de machtscheiding of *trias politica* (zoals deze later werd genoemd) volgen rechters heel sec de wet op als zijnde een spreekbuis en onthouden zij zich van normatieve interpretaties. Dit heeft te maken met de democratische verkiezing van de wetgever. In Nederland bestaat de wetgevende macht uit de regering en de Staten-Generaal en het is haar taak om wetten op te stellen. Daarbij is de wetgevende macht aan regels gebonden en moeten wetten onder andere voldoen aan een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo moet de wet gelijke gevallen gelijk behandelen en hebben wetten en besluiten geen terugwerkende kracht.⁹⁵ De wetgevende macht is grotendeels democratisch verkozen en dus is ze verantwoording verschuldigd aan het volk. Burgers hebben daardoor een sterke controlefunctie in handen, omdat zij invloed kunnen uitoefenen op de wetgevende macht door middel van verkiezingen. De uitvoerende macht bestaat uit de regering, de provincies en de gemeenten. Rechters behoren tot de rechtsprekende macht en moeten bovenal onafhankelijk en onpartijdig recht kunnen spreken. Daarnaast *moeten* ze ook rechtspreken. Rechters mogen niet weigeren om een vonnis te doen in een bepaalde zaak.⁹⁶ Om deze onafhankelijkheid te waarborgen worden zij voor het leven benoemd en worden zij niet ‘verkozen’ door het volk. Zij hoeven zich daarom geen zorgen te maken over de populariteit van hun uitspraken en hoe dit zou kunnen doorklinken in eventuele herverkiezingen. Rechters zijn bijna voor alles afhankelijk van de wetgevende en uitvoerende macht; voor hun benoeming, hun bevoegdheden, hun salaris, voor de wetten die zij moeten toepassen en voor de uitvoering van hun vonnissen. In tegenstelling tot de wetgevende macht, is de rechterlijke macht niet *democratisch* gekozen. Als een rechter zich te veel op politiek vlak bevindt, wordt haar vaak verweten dat zij ‘op de stoel van de wetgever’ is gaan zitten en zich buiten de grenzen van haar macht begeeft.

Zowel bij de haalbaarheid als de wenselijkheid van een strikte machtscheiding naar de geest van Montesquieu werden en worden nog altijd vraagtekens geplaatst.⁹⁷ Desalniettemin is Montesquieu nog altijd marktleider in het debat over de machtscheiding en is zijn gedachtegoed van grote invloed op onze manier van denken over de juridische dimensie van rechterlijke legitimiteit.⁹⁸ Wanneer een rechter zich teveel mengt in het vaarwater van haar wetgevende zustermacht, halen politici het zwaard uit de schede om hun macht te vrijwaren.

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld: Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht), artikelen 2:4, 3:2, 3:3, 3:4, 3:46 e.a.

⁹⁶ Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (Wet algemene bepalingen), artikel 13.

⁹⁷ H de Kok, ‘Montesquieu en de Rechter. Een Commentaar’ (2005) 64 *Ars Aequi* 294.

⁹⁸ G Boogaard en J Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over Rechter, Politiek en Rechtsvorming’ (2015) 1 *Ars Aequi* 64 61, 62.

Voor een jurist zijn politiek en recht heel verschillende dingen. Terwijl politiek zich laat leiden door scoringsdrift, felle retoriek en het in de gunst vallen van de media, staat het recht voor ‘continuïteit, een onpartijdige kijk op de zaak en een zorgvuldige afweging van belangen’.⁹⁹ Toch is rechtspraak soms toch politiek. De Duitse jurist en politiek filosoof Carl Schmitt (1880-1985) trekt dit door tot in het extreme door te stellen dat een rechterlijk oordeel *altijd* politiek is. Volgens Schmitt is het voor een rechter onmogelijk om alleen de wet toe te passen: een rechterlijk oordeel is altijd ook een politiek oordeel. De (rechterlijke) beslisser, en dus niet de wet, maakt volgens hem het recht.¹⁰⁰ “Law means not only *norm*, but also – and more important – *decision and judgement*.”¹⁰¹

1.3.1 Subconclusie

Resumerend: in de eerste twee dimensies hebben we geconstateerd dat een legitieme rechterlijke beslissing een *juiste* beslissing is die op *legale* wijze wordt genomen. De juridische dimensie ziet toe op deze *legaliteit*, hetgeen inhoudt dat een rechterlijke beslissing zowel materieel (inhoudelijk) uit de wet volgt als formeel (procesmatig) door het juiste orgaan, c.q. de rechter, wordt genomen. Dit eerste betekent onder meer dat rechters geen wetten toepassen met terugwerkende kracht en dat er geen straf is zonder schuld. De formele eis ziet erop toe dat de beslissingen door een juist orgaan worden genomen. Wie het juiste orgaan is om als soeverein op te treden is door de eeuwen heen veranderd. In de klassieke oudheid werden filosoof-koningen voorgesteld als de ideale personen om een staat vorm te geven en in de middeleeuwen werd de monarch de vertegenwoordiger van een goddelijke natuurwet. In de Franse Revolutie kwam de soevereine macht in de handen van de staat. In de geest van Montesquieu heeft de staat haar taken opgedeeld in een uitvoerende, wetgevende en rechtsprekende macht. De geschreven wet is leidend, niet de interpretatie van de rechter. Deze wet geldt in principe alleen binnen de landsgrenzen van een natiestaat. De staatssovereiniteit die in Westfalen vorm kreeg heeft ervoor gezorgd dat de juridische dimensie van legitimiteit zich nog steeds voornamelijk bezighoudt met problemen die binnen landsgrenzen plaatsvinden. In de huidige Nederlandse samenleving ligt het nemen van rechterlijke beslissingen bij de rechterlijke macht. Dit betekent dat de rechter op grond van nationaal, Europees en internationaal recht een vonnis moet vellen over een voorgelegde zaak. Wanneer een zaak bij de rechter voorkomt, *moet* deze hierover een vonnis uitspreken. De

⁹⁹ G Boogaard en J Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over Rechter, Politiek en Rechtsvorming’ (2015) 1 *Ars Aequi* 64, 61.

¹⁰⁰ C Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (eerste druk 1922, G Schwab vertaling, MIT Press 1986) 33-34 en L Vinx, ‘Carl Schmitt’ in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/schmitt/>> bezocht op 28 juli 2020.

¹⁰¹ G Agamben, ‘A Jurist Confronting Himself. Carl Schmitt’s Jurisprudential Thought’ in J Meierhenrich en O Simons (red), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (Oxford University Press 2016) 459.

rechter mag niet verzuimen om over een zaak te oordelen. Bij het rechterlijk oordeel is de rechter niet alleen gebonden aan de wetten die van toepassing zijn op de specifieke zaak en de voorgaande rechtspraak; de rechter moet tevens oordelen binnen de grenzen van haar macht. Volgens de klassieke enge leer betekent dit dat de rechter zich als spreekbuis van de wet niet mag bemoeien met het maken of veranderen van wetten. Echter, in situaties waarin het recht onvoldoende voorziet, is rechterlijke interpretatie soms onontkoombaar. In dit soort zaken kan zich een doorkruising van de machtscheiding voordoen. In het huidige politieke landschap ligt een dergelijke doorkruising gevoelig.¹⁰²

1.4 De politieke dimensie

In de voorgaande hoofdstukken hebben we gezien dat een rechterlijke beslissing *rechtvaardig* moet zijn en moet worden genomen door een daartoe bevoegde rechter die rechtspreekt op grond van een vooraf opgestelde wet. De volgende dimensie van legitimiteit houdt zich bezig met de vraag waarom een democratische staat het recht heeft om wetten uit te vaardigen en om op basis van deze wetten recht te spreken. Deze politieke dimensie houdt zich bezig met de manier waarop een staat de verticale relaties regelt tussen de staat en het individu. Of anders gezegd, waarom een staat regels kan opstellen die bindend zijn voor haar burgers. Een democratie gaat ervan uit dat het volk (de *demos*) een passende vorm van controle of heerschappij (*kratos*) uitoefent op de manier waarop macht wordt uitgeoefend.¹⁰³ Democratie is een vorm van ‘volksheerschappij’ waarin de wil van het volk de uiteindelijke bron is van machtsuitoefening. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een directe democratie en een vertegenwoordigende democratie, waarin een zuiver directe niet of nauwelijks voorkomt. Veel gebruikelijker is een vertegenwoordigende democratie waarbij het volk een aantal vertegenwoordigers kiest (in de vorm van een premier, president en/of politieke partijen) die namens het volk politieke besluiten nemen. Echter, doordat een volk bestaat uit verschillende individuen die verschillende opvattingen hebben over hoe bepaalde politieke besluiten worden genomen, is er in een democratie altijd sprake van een compromis. Toch is het volk als geheel onderworpen aan bepaalde wetten die met dwang kunnen worden afgedwongen wanneer iemand ze niet respecteert. Het probleem met legitimiteit is vervolgens, hoe een dergelijke dwang kan worden verzoend met de

¹⁰² Zo blijkt onder andere uit de hoorzitting over een mogelijke ‘dikastocratie’ in Nederland die begin dit jaar plaatsvond. Zie T Baudet en P Cliteur, ‘Wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?’ *Volkskrant Opinie* (8 maart 2020) <<https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/baudet-en-cliteur-wat-is-er-mis-met-onze-oproep-tot-bezinning-over-de-staatsmachten~bdf05b34/>> bezocht op 29 juli 2020.

¹⁰³ P Pettit, ‘Legitimacy and Justice in Republican Perspective’ (2012) 65 *Current Legal Problems* 59-74.

vrijheid van het volk om over zichzelf te heersen.¹⁰⁴ Deze vraag houdt politiek filosofen al lang bezig. Een van de mogelijke antwoorden hierop kan worden gevonden in de sociaal contract-theorie. Hieronder wordt een korte geschiedenis van deze theorie uiteengezet.

1.4.1 Statelijke legitimiteit op grond van een sociaal contract

Zoals reeds in hoofdstuk 1.2 naar voren kwam, werd het denken ten tijde van de Verlichting gedomineerd door ideeën over de rationele, individuele mens. Deze filosofische focus op het individu vindt tijdens de Verlichting ook zijn weg naar het politieke denken.¹⁰⁵ De individuele, rationele mens wordt de maatstaf waarlangs politieke structuren en gezag worden afgemeten. Als eerste representant van het sociaalcontract-denken volgt Thomas Hobbes (1588-1679) de methode van Descartes. Geïnspireerd door een wiskundige precisie ontleedt Hobbes alle bestaande maatschappelijke structuren om tot de naakte kern van de staat te komen. Als alle overheidsinstellingen, alle wetten, handhavers en rechters worden afgepeld, wat blijft er dan over? Op deze manier komt Hobbes uit bij een situatie waarin mensen samenleven, zonder wetten, zonder toezicht en zonder staat. Deze toestand noemt hij de 'natuurtoestand'.¹⁰⁶

Bij het beschrijven van de natuurtoestand gaat Hobbes uit van de idee dat alle mensen in gelijke mate met lichamelijke en geestelijke vermogens zijn bedeed.¹⁰⁷ Doordat iedereen gelijke mogelijkheden heeft, koestert iedereen gelijke hoop om zijn of haar doelen te verwezenlijken. Hobbes stelt dat mensen elkaar naar het leven gaan staan wanneer zij hetzelfde schaarse goed begeren. Om een goed of een doel te bereiken probeert men elkaar in de natuurtoestand te vernietigen of te onderwerpen. Hieruit volgt dat mensen in een stateloze natuurtoestand zullen vervallen tot een "oorlog van allen tegen allen". Aangezien iedereen gelijk is, heeft niemand genoeg macht om alle anderen te domineren, waardoor deze toestand niet vanzelf tot een einde zal komen.¹⁰⁸ Volgens Hobbes kunnen we uit deze natuurtoestand ontsnappen door redelijkerwijs passende bepalingen op te stellen. Op grond van deze bepalingen sluiten burgers een denkbeeldig contract met de soeverein waarin zij het recht op geweld overdragen aan deze staat.¹⁰⁹ Hierbij gaat het dus om de burgers binnen een afgebakende natiestaat. Burgerlijke vrijheden worden daarmee overgedragen aan de staat die in ruil daarvoor de vrede bewaakt. De staat institutionaliseert het recht op geweld en luidt hiermee het einde in

¹⁰⁴ P Pettit, 'Legitimacy and Justice in Republican Perspective' (2012) 65 *Current Legal Problems* 59-65.

¹⁰⁵ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 99.

¹⁰⁶ T Hobbes, *Leviathan* (eerste druk 1651, Lerner Publishing Group 2018) 122.

¹⁰⁷ T Hobbes, *Leviathan* (eerste druk 1651, W Krul vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 109.

¹⁰⁸ T Hobbes, *Leviathan* (eerste druk 1651, Lerner Publishing Group 2018) 86-87.

¹⁰⁹ A Cudd en S Eftekhari, 'Contractarianism' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/contractarianism/>> bezocht op 29 juli 2020.

van de oorlog van allen tegen allen waardoor een overgang gemaakt wordt van de natuurtoestand naar een burgerlijke samenleving.

John Locke (1632-1704) geeft een andere invulling aan de sociaal contracttheorie. In *Two Treatises of Government* (1689) beschrijft Locke dat –in tegenstelling tot de opvatting van Hobbes– dat de mens in essentie niet gewelddadig is. Volgens Locke is de mens van nature goed noch slecht.¹¹⁰ Locke beschrijft de natuurtoestand als een vredige toestand waarin de mens gezamenlijk leeft op aarde. Locke beschouwt de aarde als het gemeenschappelijke eigendom van de mens dat door God aan hem is gegeven.¹¹¹ Maar dit gezamenlijke eigendom verandert zodra iemand het land begint te bewerken en daarmee waarde toevoegt aan het land. Door deze waardevermeerdering verkrijgt de bewerker van het land een legitieme claim op dat specifieke stuk land. Met andere woorden, het stuk land wordt zijn privé-eigendom.¹¹² Dit leidt volgens Locke tot conflicten en om deze conflicten te beëindigen moet een staat worden opgericht. Doordat het recht op leven, vrijheid en eigendom moet worden veiliggesteld, betoogt Locke, evenals Hobbes, dat de burgers hierover een contract dienen te sluiten. Waar Hobbes' contract het recht op geweld institutionaliseert, institutionaliseert Locke's contract het recht op eigendom en straf.¹¹³ Volgens Locke is het maatschappelijk verdrag echter geen eenmalige handeling op grond waarvan iedereen voortaan gebonden is, maar gaat om een “stilzwijgende instemming die als het ware telkens opnieuw door de burgers verleend.”¹¹⁴

Kortom, volgens Hobbes delen alle mensen een constante en rusteloze begeerte naar macht. Omdat de wereld niet genoeg heeft om aan ieders verlangen te voldoen is het gevolg dat de mens zich zonder wetten of instanties in een oorlog van allen tegen allen stort; de zogenaamde natuurtoestand. In de natuurtoestand die Locke beschrijft is er een statelijk instituut nodig om privé-eigendom te beschermen. Om vredig samen te leven moet de mens haar natuurlijke verlangen naar macht en eigendom indammen en een aantal individuele rechten opgeven. Maar om geen achterstand op te lopen heeft dit alleen zin als alle anderen dit ook doen. Vandaar dat Hobbes en Locke stellen dat om uit de natuurtoestand te geraken, men een sociaal contract moet afsluiten waarin alle rechten worden overgedragen aan de staat.

Volgens Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) is het contract van Hobbes en Locke echter allesbehalve sociaal. Door alle macht op één plek –de staat– te verzamelen ontstaat er

¹¹⁰ J Locke, *Two Treatises of Government* (eerste druk 1689, P Laslett editie, Cambridge University Press 1988) 270.

¹¹¹ J Locke, *Two Treatises of Government* (eerste druk 1689, P Laslett editie, Cambridge University Press 1988) 286.

¹¹² J Locke, *Two Treatises of Government* (eerste druk 1689, P Laslett editie, Cambridge University Press 1988) 295-299.

¹¹³ J Locke, *Two Treatises of Government* (eerste druk 1689, P Laslett editie, Cambridge University Press 1988) 324.

¹¹⁴ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 419.

ongelijkheid die machthebbers gemakkelijk kunnen misbruiken. Daarom stelt Rousseau een ander soort sociaal contract voor. Terwijl Hobbes en Locke het privébelang in het geheel willen overdragen, wil Rousseau het privébelang vermaatschappelijken. Hiervoor onderscheidt hij de 'volonté de tous' van de 'volonté générale'; de 'wil van allen' van 'de algemene wil'. De eerste is niet meer dan alle afzonderlijke privébelangen bij elkaar opgeteld. Privébelang speelt aldus geen rol meer: wie deelneemt aan het sociaal contract brengt zijn persoon en zijn macht onder de hoogste leiding van de algemene wil.¹¹⁵ In het sociale contract van Rousseau staat de 'volonté général' centraal. Leden van het politieke lichaam leveren hun natuurlijke vrijheden in en krijgen daar burgerlijke vrijheden en het eigendomsrecht over hun bezittingen voor terug.¹¹⁶ Volgens Rousseau is volkssoevereiniteit de enige bron van macht en recht. Daarom kan het volk met zichzelf een sociaal contract afsluiten waarin het wetten vastlegt. Het contract van Rousseau is dus niet een afspraak tussen het volk en de staat maar een afspraak tussen burgers onderling. Het volk draagt een onvervreembare en ondeelbare macht over aan een bijzondere functionaris die uit naam van de algemene wil regeert.¹¹⁷ Echter, het volk blijft soeverein; wanneer deze functionaris de algemene wil schendt, mogen burgers ertegen in opstand komen. Een contract bindt immers twee partijen. Wanneer één partij haar afspraken niet nakomt, kan de andere partij de overeenkomst ontbinden. Desgelijks, wanneer de functionaris of heerser in strijd handelt met de algemene wil dan is burgerlijke ongehoorzaamheid geoorloofd.¹¹⁸ De macht van de heerser is een gedelegeerde macht die alleen gerechtvaardigd is voor zover deze voortvloeit uit en in overeenstemming is met de algemene (volks)wil. De vraag blijft dan wie bepaalt wat de algemene wil is en wanneer die wil geschonden wordt. Als het volk niet in opstand komt kan een dictatuur ontstaan, maar als het volk te veel in opstand komt dreigt anarchie.

1.4.2 Rechterlijke legitimiteit op grond van een sociaal contract

De essentie van een democratie bestaat erin dat de staat heerst bij gratie van instemming door het volk.¹¹⁹ Deze instemming verloopt via de stem van de meerderheid waarbij Rousseau ervan uitgaat dat het volk stemt op beleid dat het volk als geheel bevordert en niet slechts individuele belangen. Doordat het volk in de natuurtoestand zelf de bevoegdheid had om wetten te maken, uit te voeren en te sanctioneren kan worden

¹¹⁵ AM Bokhorst, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014) 30.

¹¹⁶ JJ Rousseau, *The Social Contract and The First and Second Discourses* (eerste druk 1762, S Dunn vertaling, YUP 2002) 120.

¹¹⁷ JJ Rousseau, *The Social Contract and The First and Second Discourses* (eerste druk 1762, S Dunn vertaling, YUP 2002) 170 e.v.

¹¹⁸ JJ Rousseau, *The Social Contract and The First and Second Discourses* (eerste druk 1762, S Dunn vertaling, YUP 2002) 158.

¹¹⁹ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 270.

gezegd dat ook de inrichting van de staat – bestaande uit een wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht – uiteindelijk te herleiden is tot deze instemming van het volk.¹²⁰ Instemming van het volk vormt dus de basis voor de staatsmacht als geheel en voor de verdeling van diens macht over de drie gescheiden staatsmachten.

Met betrekking tot de rechtsprekende macht betekent dit dat de rechter de macht heeft verkregen om wetten af te dwingen door middel van juridische sancties, doordat het volk hiermee in heeft gestemd. Een sociaal contract is hiermee een overeenkomst tussen individuen die een juridische uitdrukking geven aan hun saamhorigheid.¹²¹ De Amerikaanse rechtsgeleerde John Hart Ely beschrijft de rechter als een soort grenswachter van de democratie. Hoewel de rechter zelf geen democratische legitimiteit geniet zoals een politicus dit doet, is het juist de taak van de rechter om erover te waken dat het juridische proces een bepaalde groep of bepaalde individuen of groepen niet uitsluit van het democratische proces.¹²² In *Democracy and Distrust* (1980) schrijft Ely dat op grond hiervan de rechter zelfs legitiem een democratisch gelegitimeerd besluit van een wetgever kan ontbinden.¹²³ Dit kan, omdat het de democratische verantwoordelijkheid van de rechter is om ervoor te zorgen dat de democratische meerderheid geen maatregelen neemt die het de minderheid moeilijk maakt om te participeren in democratische besluitvorming.¹²⁴ Hierbij gaat het er ook om *wie* mag participeren. Om de belangen van *alle* partijen te kunnen afwegen moet de rechter zich openstellen voor degenen die niet reeds zijn erkend als politieke subjecten en ook hen een kans geven om mee te doen. De mate van politieke legitimiteit hangt dus samen met de manier waarop rechters een stem geven aan partijen die traditioneel worden uitgesloten van het politieke spel.¹²⁵

Een tweede vraag is, wie behoren er tot 'het volk'? Juridisch gezien lijkt dit vrij duidelijk; het volk bestaat uit personen die de nationaliteit bezitten van een bepaalde natiestaat. Er moet een wezenlijk verband zijn tussen de staat die een rechtsmacht uitoefent en de persoon waarover de rechtsmacht wordt uitgeoefend. Zo stelt artikel twee van de Nederlandse grondwet dat deze wet geldig is voor alle Nederlanders en regelt de wet wie tot deze groep Nederlanders behoren. De *Rijkswet op het Nederlanderschap* en de *Vreemdelingenwet 2000* geven vervolgens aan wanneer iemand zich tot deze groep kan rekenen. Nederlanderschap kan bijvoorbeeld worden verkregen via een Nederlandse

¹²⁰ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 270.

¹²¹ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 282.

¹²² JH Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 74.

¹²³ JH Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980).

¹²⁴ JH Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 74.

¹²⁵ LM Henderson, *Courts, Crisis, and Contestation. Democratic Judicial Decision-Making in Times of Crisis* (Vrije Universiteit 2018) 131.

biologische vader of moeder, via adoptie, via naturalisatie, of via het huwelijk.¹²⁶ Toegepast op onze casus: op twee vrouwen na, bezitten de vrouwen in Syrië allemaal de Nederlandse nationaliteit. Ze zijn hier opgegroeid en/of hebben Nederlandse ouders. Op grond van deze wetten hebben de kinderen van deze vrouwen in Syrië dan ook recht op de Nederlandse nationaliteit. Een democratie veronderstelt een zekere saamhorigheid binnen het volk en deze saamhorigheid wordt weerspiegeld in een grondwet die hen allen juridisch verbindt. Hiermee drukt de grondwet uit dat een bepaalde groep mensen als natie bij elkaar hoort.¹²⁷ De *grond*-wet is geldig voor de mensen die zich bevinden op het *grond*-gebied van een staat. Volgens een klassieke opvatting van de politieke dimensie van rechterlijke legitimiteit mag de rechter rechtspreken doordat het volk, de juridische inwoners van de natiestaat, gezamenlijk hebben ingestemd met het machtsmonopolie van de staat, en meer specifiek, met het alleenrecht van de rechter om wetten af te dwingen en sancties op te leggen. In een moderne democratie wordt deze instemming verkregen middels verkiezingen.

1.4.3 Subconclusie

Om een beslissing legitiem te noemen moet deze ethisch *juist* zijn, genomen door een instantie (de rechter) die daartoe wettelijk bevoegd is en deze bevoegdheid moet zijn verkregen doordat de positie van de rechter als zodanig politiek wordt erkend. Deze politieke erkenning kan op grond van een denkbeeldig contract geschieden dat het volk onderling sluit om gezamenlijk iemand te benoemen die (tijdelijk) uit naam van deze algemene wil regeert. Volgens Rousseau blijft de soevereiniteit echter liggen bij het volk. Een klassieke politieke dimensie van rechterlijke legitimiteit gaat ervan uit dat de staatsindeling geschiedt met instemming van het volk. Deze instemming vormt de basis voor de scheiding van de drie staatsmachten waarvan de rechterlijke macht er één is. Dit betekent dat de rechter de macht om wetten af te dwingen en om sancties op te leggen heeft verkregen via deze instemming. Het Nederlandse volk kan bijdragen aan deze instemming door eens per vier jaar naar de stembus te gaan. Hoewel rechters niet door middel van verkiezingen worden benoemd en dus niet democratisch zijn gelegitimeerd, zijn zij voor hun benoeming en salaris afhankelijk van de wetgevende macht die op zijn beurt wel democratische legitimering geniet.

1.5 De maatschappelijke dimensie

In een ideale democratie zouden de maatschappelijke dimensie en de politieke dimensie samenvallen. Dit betekent dat burgers die aan wetten worden onderworpen, deze wetten

¹²⁶ Zie, respectievelijk, artikel 3, 5 en 7-13 van de *Rijkswet op het Nederlanderschap*.

¹²⁷ T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012) 282.

ook mede vorm kunnen geven. Echter, zoals Hans Kelsen aan het begin van de 20^e eeuw reeds opmerkte, komt deze ideële democratie zelden overeen met de reële democratie.¹²⁸ De reden hiervoor is drieledig: allereerst heeft niet iedereen stemrecht. Hoewel Kelsen zijn *'Vom Wesen und Wert der Demokratie'* als reactie op het universele stemrecht schreef dat begin 1900 aan tractie won, waren bepaalde groepen mensen, zoals vrouwen en slaven, nog van het stemrecht uitgesloten. Ook in Nederland zijn er nog altijd bepaalde groepen uitgesloten van het stemrecht, zoals expats die de Nederlandse nationaliteit niet bezitten, bepaalde gedetineerden, kinderen en toekomstige generaties. Dit terwijl het huidige beleid wel degelijk van invloed kan zijn op hun (toekomstige) leven. Ten tweede, niet iedereen die begunstigd is met een stemrecht, gebruikt dit recht ook.¹²⁹ In Nederland is de opkomst bij de landelijke verkiezingen gemiddeld 80% en schommelt de opkomst bij de provinciale statenverkiezingen en de Europese verkiezingen al jaren rond de 50%.¹³⁰ Ten derde, niet iedereen die stemgerechtigd is, gebruikt dit recht *actief*. Volgens Kelsen mengt het grootste deel van het volk zich in het politieke debat als een 'willoze massa'. Hierdoor ontstaat er een kloof tussen het volk als object (de willoze massa) dat zich de regels laat opleggen en het volk als subject (dat zich actief bezighoudt met de totstandkoming van die regels). Kelsen ziet een parlementaire democratie als oplossing voor deze kloof waarbij politieke partijen als schakel dienen tussen volk en staat.¹³¹ Door deze kloof tussen de ideële democratie en de reële democratie, moeten de politieke dimensie en de maatschappelijke dimensie van legitimiteit hier worden onderscheiden. De politieke dimensie beschouwt het volk als actief bijdragend aan de wetten waaraan het wordt onderworpen. De algemene wil van (een deel van) het volk wordt uitgedragen door de politieke partijen. De maatschappelijke dimensie omvat ook het volk dat zich laat onderwerpen aan de door de regering opgestelde wetten maar niet actief bijdraagt aan de vormgeving ervan. Hun democratisch aandeel is beperkt tot het al dan niet uitbrengen van een stem, eens in de vier jaar. Maar vier jaar is een lange tijd waarin veel kan veranderen. Terwijl de verkiezingen op periodieke wijze peilen wat de 'algemene wil' is, is maatschappelijke acceptatie altijd in ontwikkeling. Vandaar dat deze dimensie hier los van de politieke dimensie wordt besproken.

¹²⁸ H Kelsen, *Over het Wesen en de Waarde van Democratie* (eerste druk 1929, T Mertens en RJ Witpaard vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012), 386.

¹²⁹ H Kelsen, *Over het Wesen en de Waarde van Democratie* (eerste druk 1929, T Mertens en RJ Witpaard vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012), 289.

¹³⁰ Parlement.com, 'Opkomst bij Tweede Kamerverkiezingen'

<https://www.parlement.com/id/vh8lnhrp8wsz/opkomst_bij_tweede_kamerverkiezingen> en 'Opkomst Europese verkiezingen in Nederland' <https://www.parlement.com/id/vhx1b38yhhwz/opkomst_europese_verkiezingen_in> bezocht op 28 juli 2020.

¹³¹ H Kelsen, *Over het Wesen en de Waarde van Democratie* (eerste druk 1929, T Mertens en RJ Witpaard vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012), 290.

De maatschappelijke dimensie van legitimiteit houdt zich daarom bezig met de vraag of en waarom burgers de wetten en gerechtelijke vonnissen accepteren. Acceptatie van een vonnis heeft te maken met de acceptatie van het gezag van de rechter. Doordat een rechtszoekende partij de rechter niet zelf kan uitkiezen, hangt het gezag van de individuele rechter sterk samen met het imago van de rechterlijke macht an sich. Het gezag van een rechter is daardoor afhankelijk van het algemene vertrouwen in het rechterlijk instituut.¹³² Er zijn verschillende manieren om de acceptatie van het rechterlijk gezag te duiden. De rechter kan worden gezien als een gezaghebbende autoriteit omdat ze de macht heeft om gehoorzaamheid af te dwingen door het opleggen van juridische sancties. Door iemand een boete te laten betalen of te laten opsluiten voor de rest van zijn leven kan zij haar gezag laten gelden. Hoe meer macht iemand heeft des te groter de kans dat uitspraken worden opgevolgd.¹³³ Dit is ook het uitgangspunt dat de Britse rechtsfilosoof John Austin (1790-1859) aanhangt. Volgens Austin is de enige reden dat regels worden gehoorzaamd het feit dat er een straf staat op de overtreding ervan. Austin stelt dat recht bestaat uit bevelen van de soeverein die worden afgedwongen door de dreiging van straf.¹³⁴ H.L.A. Hart (1907-1992), tevens een rechtsfilosoof uit Groot-Brittannië, bekritiseert Austins theorie in *The Concept of Law* (1961). Volgens Hart kan de dreiging van sancties niet de enige reden zijn waarom mensen het recht gehoorzamen. Volgens hem houdt het merendeel van de mensen zich aan de regels uit een bepaalde overtuiging of conformisme.¹³⁵ Hierop inhakend stelt Tom Tyler, hoogleraar psychologie en recht aan Yale, dat wanneer mensen regels rechtvaardig zullen vinden, zij de regels zullen opvolgen, ongeacht of daar een sanctie aan is verbonden. Bij de naleving van rechterlijke uitspraken gaat het er volgens hem om dat “citizens believe that they ought to obey those decisions.”¹³⁶ Volgens Tyler leven mensen de wet niet na omdat ze bang zijn voor straf, maar omdat ze *geloven* dat de wet legitiem is.

Vaak wordt verwacht dat deze interne overtuiging of geloof automatisch volgt wanneer aan de overige dimensies van legitimiteit is voldaan. Indien de rechter in overeenstemming met de wet, rechtvaardig oordeelt, zullen burgers de legitimiteit van de rechter aanvaarden. Echter, dit is een *objectieve normatieve* veronderstelling. Er wordt namelijk niet getoetst of de burger het rechterlijk handelen ook daadwerkelijk aanvaardt.¹³⁷ Op deze normatieve veronderstelling is vanuit de rechtssociologie veel

¹³² H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 97.

¹³³ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 92.

¹³⁴ B Bix, 'John Austin' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/austin-john/>> bezocht op 28 2020.

¹³⁵ HLA Hart, *The Concept of Law* (eerste druk 1961, Oxford University Press 2012) 18-26.

¹³⁶ TR Tyler en JM Darley, 'Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views about Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law' (2000) 28 *Hofstra Law Review* 3 707, 723.

¹³⁷ H H Grootelaar en K van den Bos, 'Naar Meer Ervaren Legitimiteit van de Nederlandse Rechtspraak' in R Ortleip e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 227.

kritiek geweest.¹³⁸ Rechtssociologen zoals Nick Huls, emeritus-hoogleraar rechtssociologie in Leiden, stellen dat de opvatting dat handelen volgens de normen van het recht voldoende is om legitimiteit te kunnen waarborgen, kan leiden tot een beperkt en onvolledig inzicht in hoe burgers aankijken tegen de legitimiteit van de rechter.¹³⁹ Huls wijst erop dat inzichten uit de rechtssociologie en organisatiekunde rechters uit hun gesloten juristenwereld kunnen halen en zo kunnen bijdragen aan het heroveren van hun “ondermijnde gezag”.¹⁴⁰ Vanuit de sociale wetenschappen wordt legitimiteit niet als normatief, maar als *subjectief* begrip gezien waarbij centraal staat hoe burgers de legitimiteit van de rechterlijke macht *ervaren*. Naast een normatieve basis voor het gezag van de rechterlijke macht moet zij ook daadwerkelijk het vertrouwen van burgers genieten.¹⁴¹ Er is geen objectieve omstandigheid die bepaalt of burgers de rechterlijke macht wel of niet vertrouwen. Vertrouwen is een subjectieve beleving die is gebonden aan de persoon van de burger.

Er zijn verschillende manieren waarop vertrouwen in gezag kan worden gestaafd. Max Weber (1864-1920), de socioloog die een van de meest toonaangevende werken schreef over gezag en de acceptatie daarvan, beschrijft gezag als de sociaal-culturele kans dat de bevelen die iemand aan anderen binnen een sociaal verband geeft, ook daadwerkelijk worden opgevolgd.¹⁴² Weber stelt dat legitimiteit machtsystemen kan valideren of ondermijnen doordat het macht kan omzetten in gezag of autoriteit. Daarom kunnen machtsystemen volgens Weber alleen stabiel zijn als mensen overtuigd zijn van de legitimiteit en een minimaal verlangen hebben om te gehoorzamen.¹⁴³ De basis van elke autoriteit en de bijbehorende bereidwilligheid om een autoriteit te gehoorzamen is het geloof in de persoon die het gezag uitoefent, aldus Weber.¹⁴⁴ Weber onderscheidt drie ideaaltypen van gezag die om verschillende redenen aanvaard worden: traditioneel gezag, charismatisch gezag en rationeel gezag.¹⁴⁵ Bij traditioneel gezag hebben mensen

¹³⁸ H Grootelaar en K van den Bos, ‘Naar Meer Ervaren Legitimiteit van de Nederlandse Rechtspraak’ in R Ortlep e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 227.

¹³⁹ NJH Huls, ‘Enige Rechtssociologische Opmerkingen over Effectiviteit in de Rechtspleging’ in JM Barendrecht e.a. (red), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een Gerichte Onderzoeksagenda*, (Lemma 2000) 178-179.

¹⁴⁰ NJH Huls, ‘Enige Rechtssociologische Opmerkingen over Effectiviteit in de Rechtspleging’ in JM Barendrecht e.a. (red), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een Gerichte Onderzoeksagenda*, (Lemma 2000) 178-179.

¹⁴¹ H Grootelaar en K van den Bos, ‘Naar Meer Ervaren Legitimiteit van de Nederlandse Rechtspraak’ in R Ortlep e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 227.

¹⁴² M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (eerste druk 1921, Mohr 1980) 28. De originele definitie luidt: “luidt: ‘Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.’”

¹⁴³ M Weber, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019) 338.

¹⁴⁴ L Green, ‘Legal Obligation and Authority’ in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2012) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>> bezocht op 21 juli 2020.

¹⁴⁵ M Weber, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019) 336.

vertrouwen in een bepaalde orde, omdat deze reeds voor een lange tijd bestaat. Gezag berust op de gewoonte en omdat het ‘altijd zo is geweest’. Charismatisch gezag versterkt het vertrouwen in gezaghebbers die heldendom, visie of leiderschap tonen. Ook gezag dat door God of door andere bovennatuurlijke krachten wordt ingegeven schaaft Weber onder Charismatisch gezag.¹⁴⁶ Charismatisch gezag moet voortdurend worden verdiend of bevestigd.¹⁴⁷ Rationeel gezag komt tot uiting wanneer mensen vertrouwen hebben in het gezag van een persoon, omdat een geheel van regels bepalen dat dit gezag de desbetreffende persoon toekomt. Procedures, regels en *checks and balances* vormen een belangrijke grond voor dit type gezag.¹⁴⁸

De drie archetypen van gezag die Weber onderscheidt komen zelden in pure vorm voor. Meestal is er sprake van een gemengde vorm.¹⁴⁹ Maar wel kan er in verschillende historische perioden een nadruk op een bepaald type gezag worden herkend. Tot aan de middeleeuwen was rechtspreken vaak voorbehouden aan een stamhoofd of aan een koning.¹⁵⁰ Ook in Nederland was de rechtspraak van oudsher in handen van lokale bestuurders of van de koning.¹⁵¹ Gezag werd er afgedwongen op grond van het recht van de sterkste. Maar, uiteindelijk lag de ultieme macht traditioneel gezien natuurlijk bij God of bij de goden zelf. Men hoeft maar te denken aan hoe Mozes volgens Exodus 20:1 met de *Stenen Tafelen* van de berg Sinai afkwam om te zien hoe ver de verbondenheid tussen recht en religie teruggaat. In de middeleeuwen stelde de kerk (leef)regels op en werden ‘godsoordelen’ veelvuldig gebruikt als doorslaggevend bewijs.¹⁵² Onder invloed van de katholieke kerk werden deze godsoordelen in de loop van de vijftiende eeuw grotendeels afgeschaft hoewel de ‘koudwaterproef’ bij heksenprocessen nog geruime tijd bleef bestaan.¹⁵³ Ook de Spaanse inquisitie getuigt van een traditioneel innige verstrengeling van rechter en kerk. Daarnaast fungeerde de priesterorde tot laat in de 15^e eeuw vaak als een orde van rechtsgeleerden. De priesterstand bewaarde de heilige kennis en vormde zo een brug tussen de goddelijke wet en het gewone volk.¹⁵⁴ Deze goddelijke instemming maakte “het recht heilig, de vloek krachtig, de eed betrouwbaar en gaf het recht een

¹⁴⁶ M Weber, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019) 374.

¹⁴⁷ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 94.

¹⁴⁸ M Weber, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019) 341-342.

¹⁴⁹ M Weber, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019) 336.

¹⁵⁰ E Adamson Hoebel, *The Law of the Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press 1967) 312.

¹⁵¹ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 92.

¹⁵² ACM Vestdijk-van der Hoeven, *Religieus recht en minderheden* (Quint 1991) 38.

¹⁵³ D van der Blom, *De Verhouding van Staat en Religie in een Veranderende Nederlandse Samenleving* (EM Meijers Instituut 2016) 15.

¹⁵⁴ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 93.

ultieme basis in het goddelijke”, schrijft Hendrik Gommer in zijn proefschrift *Onder de Rechter* uit 2008. In de middeleeuwen had het gezag van de rechter vaak een religieuze oorsprong en een haast mythisch karakter. Het bekritisieren van de rechter stond zo bijna gelijk aan het bekritisieren van God zelf.¹⁵⁵ In deze periode stonden vooral het goddelijke charismatische gezag van de kerk en het patriarchale traditionele gezag van de koning centraal. Door haar uitspraken in te bedden in religie en traditie, gaf de rechter zijn gezag een stevig fundament.¹⁵⁶ Pas ten tijde van Verlichting, in de achttiende eeuw, zou er een eind komen aan de barbaarse inquisitiepraktijken en heksenvervolgingen en werd de relatie tussen de rechter en religie op scherp gezet.¹⁵⁷ Soevereiniteit kwam steeds meer bij het volk te liggen waardoor evenals de koning ook de rechterlijke macht aan wetten werd gebonden en zo in een systeem van checks and balances werd geplaatst.¹⁵⁸ Naar Frans voorbeeld nam de Bataafse Republiek in 1769 een wet aan die de band tussen de kerk en de Nederlandse staat definitief verbrak.¹⁵⁹

Sindsdien heeft een seculiere en liberale democratie steeds meer terrein gewonnen. Hierdoor is de rechter steeds meer deel gaan uitmaken van een overheidssysteem van procedures, wetten en regels, waardoor er meer nadruk is komen te liggen op het rationele gezag van de rechter. Echter, nog altijd gaat de rechter gehuld in een nevel van symbolische en mythische gebruiken. Bij geen ander overheidsorgaan worden er zoveel rituelen gebruikt als bij de rechterlijke macht. Denk hierbij aan het opstaan van de aanwezigen wanneer de rechter binnenkomt, het dragen van een toga die in Engeland is aangevuld met een pruik, de foto van de koning aan de muur van iedere rechtszaal, het archaïsche taalgebruik in de vonnissen; alle dragen bij aan het mythische gezag van de rechter. Zelfs de langdurige en interne rekruteringsprocedure van rechters draagt bij aan het idee van een ‘geheim genootschap’.¹⁶⁰ Hieruit blijkt dat de charismatische en traditionele vormen van gezag nog altijd een functie vervullen. In zekere zin ontleent de rechter haar gezag juist aan de fysieke en symbolische afstand tussen haar en de burger. Door het creëren van symbolische afstand wordt het mythische gezag van de rechter in stand gehouden.¹⁶¹ Uit het proefschrift van Leny De Groot-Van Leeuwen uit 2005 blijkt dat verschillende rechters menen dat een grotere afstand tot het volk, meer maatschappelijk aanzien en gezag oplevert.¹⁶²

¹⁵⁵ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 96.

¹⁵⁶ E de Bakker, *De Cynische Verkleuring van Legitimiteit en Acceptatie. Een Rechtssociologische Studie naar de Regulering van Seizoenarbeid in de Aspergerteelt van Zuidoost-Nederland* (Aksant 2001) 21.

¹⁵⁷ Waarbij een grote rol moet worden toegeschreven aan de Italiaanse hervormer Cesare Beccaria, aldus D Verhofstadt (red), *250 jaar Over Misdaden en Straffen: Cesare Beccaria* (Houtekiet 2014).

¹⁵⁸ A Hamilton, J Madison en J Jay, *The Federalist Papers* (eerste druk 1787, Tantor Media 2010), No. 9.

¹⁵⁹ Alhoewel deze breuk toentertijd allesbehalve een rigoureuze scheiding was. Zie voor een uitgebreide bespreking: B Koolen, ‘Scheiding tussen Kerk en Staat als Bevrijding’ (2012) 3 Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid 2 87, 88.

¹⁶⁰ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 94.

¹⁶¹ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 94.

¹⁶² LE de Groot-van Leeuwen, *Rechters tussen staat en straat* (Wolf Legal Publishers 2005) 164-166.

1.5.1 Subconclusie

In een ideale democratie zouden het subject en object van machtsuitoefening samenvallen en zou de maatschappelijke legitimiteit volledig geïncorporeerd moeten zijn in de politieke legitimiteit. Kelsen gaf echter al aan dat deze ideale democratie zelden samenvalt met de politieke realiteit. De maatschappelijke dimensie betreft daarom het volk dat onderworpen is aan de door de regering opgestelde wetten, zonder dat ze daar (in grote mate) aan heeft kunnen bijdragen. Hierdoor staat bij de maatschappelijke dimensie van legitimiteit de vraag centraal of en waarom mensen het gezag van de rechter accepteren. De rechtssociologie stuurt erop aan dat dit voornamelijk de subjectieve ervaring van het volk behelst. Tot diep in de middeleeuwen was het gezag van de rechter vaak gestoeld op goddelijke gratie (charismatisch gezag) of op langdurige gebruiken (traditioneel gezag). Toen de centrale functies van God en de koning ten tijde van de Verlichting plaats moesten maken voor het rationele individu, won het rationele gezag terrein. Nog altijd zijn alle drie Webers ideaaltypen van gezag herkenbaar in het gezag van de rechter. Samen vormen ze een sociologisch antwoord op de vraag waarom het volk rechterlijk gezag accepteert.

1.6 Samenhang vier dimensies

Hoewel alle vier dimensies funderend zijn voor het bestaan van legitimiteit, zullen ze soms overlappen en elkaar beïnvloeden. Daarnaast zal niet iedereen het belang van alle dimensies inzien. Voor natuurrechtdenkers hoeft een wet niet per se *wettig* te zijn om legitiem te zijn terwijl rechtspositivisten het belang van de ethische en maatschappelijke dimensie minder belangrijk zullen achten. Echter, het ontbreken van de ethische of maatschappelijke dimensie zal ontegenzeggelijk effect hebben op de juridische en politieke dimensies van legitimiteit. Zonder maatschappelijke acceptatie erodeert politieke erkenning en zonder rechtvaardigheid erodeert wettigheid. Hierdoor zal een regime dat onethische wetten handhaaft vroeg of laat het vertrouwen van het volk verliezen. Evengoed zal een situatie waarin slechts één elitaire of tribale groep politiek vertegenwoordigd is, uiteindelijk uitmonden in onrechtvaardige rechtspraak. Het doel van dit hoofdstuk is zeker niet om te bepleiten dat de verschillende dimensies hermetisch van elkaar zijn afgesloten. Integendeel, alle vier zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Echter, om iets zinnigs te zeggen over legitimiteit, is het belangrijk om de vier van elkaar te kunnen onderscheiden. Om te weten wanneer er wordt gesproken over de juridische dimensie en wanneer het gaat over het vertrouwen in de rechtspraak dat aansluit bij de maatschappelijke acceptatie.

Veel hedendaagse legitimiteitsproblemen spelen zich juist af op het grensvlak van de verschillende legitimiteitsdimensies. In deze thesis is gekozen voor een cumulatief perspectief op legitimiteit. Je kunt legitimiteit nog zo diep ontrafelen vanuit verschillende disciplines, maar daarmee krijg je niet per se beter grip op het geheel. Legitimiteit is meer dan de som der delen. Afzonderlijke dimensies kunnen elkaar ondermijnen en elkaar versterken maar zijn ook altijd aan elkaar verwant. Of een wet, norm of gerechtelijk vonnis legitiem is, hangt af van een evaluatief oordeel over elk van deze dimensies.

1.7 Tussenconclusie: rechterlijke legitimiteit

Resumerend: de eerste dimensie van rechterlijke legitimiteit acht een beslissing legitiem als deze *juist* oftewel *rechtvaardig* is. Rechterlijk handelen kan het leven van individuen sterk beïnvloeden, mede doordat beslissingen kunnen worden afgedwongen door de staat met ingrijpende middelen zoals geldboetes en gevangenisstraffen. De westerse rechtspraak wordt traditioneel gezien gekenmerkt door een stabiliserende visie op de rechtspraak waarbij de wet wordt gezien als een naadloos geheel waarbij wetten, rechtsbeginselen en precedentes gestaafd door normatieve rechtvaardigheidstheorieën in iedere juridische kwestie kunnen voorzien. Mits er geen juridische fouten worden gemaakt, behoort het eventuele nevenschikkende leed dat door een rechterlijke beslissing wordt veroorzaakt niet tot het morele domein van de rechtspraak. Een rechter kan zich hierdoor ‘verschuilen’ achter de stabiliteit van het ethische, naadloze netwerk van het recht. De stabiliserende visie op de rechtspraak vindt haar ankerpunt in morele theorieën over rechtvaardigheid. Veel huidige rechtvaardigheidstheorieën hebben hun wortels in het verlichtingsdenken van de 18e eeuw.

Daarnaast moet volgens de juridische dimensie van legitimiteit de rechter de wetten toepassen, die door de juiste instantie zijn opgesteld. In een democratie is de juiste instantie om wetten te maken de wetgever (in Nederland vertegenwoordigd in de regering en de Staten-Generaal) en de juiste instantie om deze wetten toe te passen de rechter. Ook moeten in een democratie de drie staatsmachten van elkaar gescheiden zijn en mogen de machten niet buiten hun functie opereren. Een klassieke juridische dimensie van rechterlijke legitimiteit houdt in dat wetten worden gemaakt door de wetgever, geldig zijn binnen de landsgrenzen en dat de rechter deze wetten willoos toepast. Wanneer een strikte machtenscheiding wordt gehanteerd is een mondige interpretatie van de rechter ongewenst.

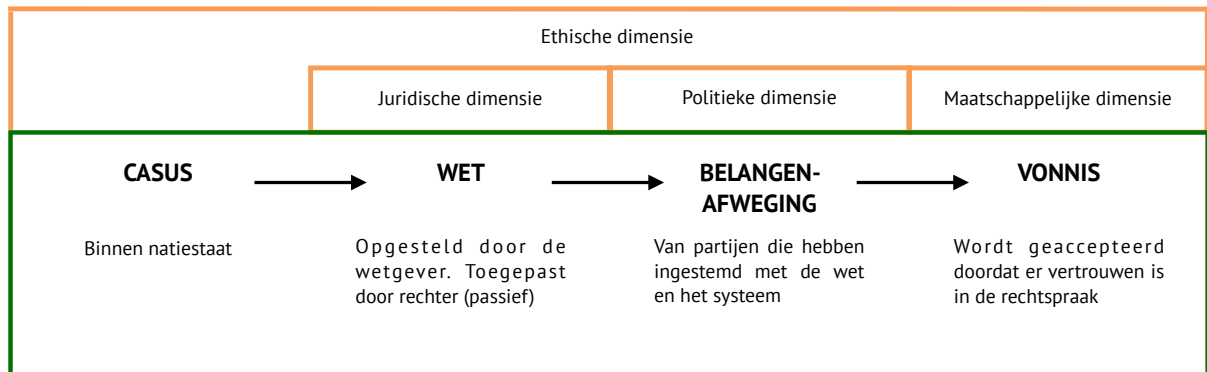
Tijdens de verlichting werd de staatssoevereiniteit niet alleen opgedeeld, deze soevereiniteit kwam tevens te liggen in de handen van het volk. Sociaal contractdenkers zoals Hobbes, Locke en Rousseau stellen daarom voor dat het volk op grond van een

algemene wil een deel van haar vrijheden overdraagt aan een daarvoor ingestelde functionaris op grond van een denkbeeldig contract. Een klassieke politieke dimensie van rechterlijke legitimiteit gaat ervan uit dat de staatsindeling geschiedt met instemming van het volk. Deze instemming vormt de basis voor de scheiding van de drie staatsmachten waarvan de rechterlijke macht er één is. Dit betekent dat de rechter de macht om wetten af te dwingen en om sancties op te leggen heeft verkregen via deze instemming. Het Nederlandse volk kan deze instemming geven door eens per vier jaar naar de stembus te gaan. Hoewel rechters niet door middel van verkiezingen worden benoemd en dus niet democratisch zijn gelegitimeerd, zijn zij voor hun benoeming en salaris afhankelijk van de wetgevende macht die op zijn beurt wel democratische legitimering geniet. Waar een volksstemming uitgaat van de democratische meerderheid, moet de rechter waarborgen dat deze meerderheid geen beslissingen maakt die het minderheden verhinderen om te participeren in het democratische proces. Bij de politieke dimensie van rechterlijke legitimiteit is het daarom belangrijk dat de rechter in zijn beslissing de verschillende partijen kan onderscheiden.

De klassieke maatschappelijke dimensie van rechterlijke legitimiteit bevat de mate waarin rechtszoekende partijen rechterlijke vonnissen accepteren. Deze acceptatie hangt samen met de mate waarin het volk vertrouwen heeft in het rechterlijk instituut. Tot diep in de middeleeuwen genoot de rechter vaak een goddelijk charismatisch gezag waardoor rechterlijke vonnissen een vanzelfsprekend onschendbaar karakter hadden. Nog altijd wordt de rechter gedeeltelijk omgeven door dit haast sacrale gezag. Deze mythische functie en afstand tussen de rechter en partijen draagt volgens de klassieke maatschappelijke dimensie bij aan het vertrouwen in een rechterlijk vonnis.

De klassieke dimensies van rechterlijke legitimiteit zoals hierboven beschreven, komen uit een tijdperk waarin de meeste juridische geschillen zich afspeelden binnen een afgebakende natiestaat. Allereerst veronderstelt de ethische dimensie een coherent systeem van rechtsregels waarin de rechter het juiste antwoord kan vinden. Dit stabiliserende perspectief is als het ware het kader waarin de huidige juridische besluitvorming plaatsvindt. Dit perspectief veronderstelt dat het vonnis dat voortvloeit uit dit systeem getuigt van rechtvaardigheid. Voor zover eventuele pijnlijke neveneffecten niet kunnen worden gedekt door een wet hebben deze geen plaats in de rechterlijke beslissing. Wanneer een dergelijke afgebakende casus bij de rechter voorkomt, is het duidelijk welke wet van toepassing is. Deze wet is opgesteld door de wetgever en hoeft door de rechter slechts passief te worden toegepast. Bij conflicterende belangen volgt een belangenafweging. De aanwezige partijen hebben beiden kunnen bijdragen aan de wetten waaraan ze nu worden onderworpen. Het vonnis dat volgt wordt geaccepteerd door de maatschappij, omdat er vertrouwen uitgaat van het mythische

charisma van de rechter. Deze dimensies corresponderen met een lineaire kijk op de juridische besluitvorming zoals hieronder weergegeven.



Klassieke dimensies van legitimiteit in juridische besluitvorming

HOOFDSTUK II

Het Hybride Rechtslandschap van de 21^e Eeuw

In december 2019, op een vroege koude ochtend, rijden vrachtwagens af en aan om de koopwaar uit te stallen voor een nieuwe handelsdag op de markt in Wuhan. Vier maanden later rijden de vrachtwagens opnieuw af en aan in Bergamo; een stad die de overledenen van het COVID-19 virus niet meer kan bergen. Grenzen die de afgelopen jaren met veel ijver zijn opengebroken, worden haastig weer opgetrokken met als gevolg dat de wereld – sociaal, geografisch en economisch – op slot gaat. Het COVID-19 virus maakt pijnlijk duidelijk hoe verbonden en geglobaliseerd de wereld anno 2020 is en hoe slecht nationale staten zijn opgewassen tegen kwesties van mondiale proportie. Meer dan ooit hebben we te maken met problemen die tijds- en landsgrenzen overschrijden terwijl oplossingen nog te vaak worden gezocht *binnen* deze grenzen.

Bij een pandemie is zichtbaar hoe snel en genadeloos een probleem om zich heen grijpt zonder zich daarbij iets aan te trekken van geografische grenzen of afgebakende jurisdicties. Bij andere mondiale problemen – zoals klimaatverandering, internationaal terrorisme of massamigratie – is dit weliswaar minder duidelijk, maar niet minder acuut en meedogenloos. Deze nieuwe problemen laten zich typeren door een grote mate van onvoorzienbaarheid in een tijds- en grensoverschrijdend kader. Deze problemen kunnen daardoor moeilijk worden opgelost omdat de mondiale rechtsorde wordt gekenmerkt door een veelheid aan verschillende rechtsnormen zonder dat hierbij een duidelijke hiërarchie bestaat. Na de Tweede Wereldoorlog zijn samenwerkingsverdragen en -verbanden in een razendsnelle opmars geraakt waardoor het tijdperk van soevereine natiestaten definitief is veranderd. Bij complexe kwesties zoals klimaatverandering, waarbij zowel de oorzaak als de oplossing zich niet op één plaats of op één moment laat vastpinnen, is het daardoor onduidelijk waar de oorsprong van het probleem ligt, wie er de verantwoordelijkheid voor draagt en op basis van welk recht dit kan worden beslecht. Een dermate nauw vervlochten wereld kan worden getypeerd als ‘hybride’, ‘dynamisch’ en ‘transnationaal’.¹⁶³ Dit rechtslandschap wordt gekarakteriseerd door diverse (juridische) normen die niet voortkomen uit een specifieke nationale, maar uit een transnationale context. Het gebrek aan een duidelijke hiërarchie van deze normen leidt ertoe dat het positieve, nationale recht niet altijd een doorslaggevend antwoord kan bieden.

Het is onontkoombaar dat globale problemen zoals klimaatverandering, pandemieën en massamigratie de komende jaren zullen toenemen. Daarmee is het ook onontkoombaar dat

¹⁶³ Zie onder andere: D Burchardt, ‘Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere’ (2007) 30 *Leiden Journal of International Law* 305; S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 1 en P Zumbansen, ‘Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism’ (2012) 21 *Transnational Law & Contemporary Problems* 203.

rechtssystemen nieuwe vormen moeten gaan ontwikkelen om deze problemen op een adequate manier het hoofd te bieden. Wanneer zich een frictie voordoet tussen internationale afspraken en nationaal beleid komt dit vaak in eerste instantie terecht bij de nationale rechter. Hierdoor worden nationale rechters in toenemende mate geconfronteerd met ingewikkelde zaken waarbij de toepasbare rechtsorde onduidelijk is, de oorzaken en gevolgen onvoorzienbaar zijn en de betrokken partijen veelal onzichtbaar; zij maken deel uit van toekomstige generaties (klimaatzaken) of dobberen op een bootje tussen verschillende jurisdicties en landsgrenzen in (vluchtelingen en migratie). Deze gevoelige en complexe zaken vragen om een rechterlijk oordeel dat vaak niet direct voortvloeit uit de nationale wet en dwingen de rechter op onontgonnen terrein.

2.1 Het rechtslandschap van de 21^e eeuw

In het eerste hoofdstuk heb ik een conceptueel kader geschetst om de traditionele manier van denken over rechterlijke legitimiteit te duiden. De opvattingen die in dit kader domineren hebben een sterke nadruk op een afgebakende natiestaat met een coherente opvatting van rechtsregels en normen. Veel van de ideeën die in het eerste hoofdstuk zijn aangehaald hebben hun wortels in de Verlichting van na de Franse Revolutie. Het zijn deze ideeën waarop de stabiliserende (westerse) visie op het recht is geschraagd. Zij vormen de blauwdruk van hoe wij heden ten dage de rol van de rechter begrijpen. Echter, de afgelopen 75 jaar is deze juridische kosmos haar ondubbelzinnigheid verloren. Tot aan de Tweede Wereldoorlog waren er overwegend nationale staten die met een nationale rechtsorde het nationale recht binnen hun landsgrenzen handhaafde. Natuurlijk is dit narratief een zeer vereenvoudigde weergave van de westerse juridische wereld. Maar vanuit de rechtstheorie gezien was dit de tijd waarin er weliswaar grote debatten plaatsvonden over rechtspositivisme en moraal – H.L.A. Hart publiceerde zijn *Concept of Law* in 1961 en Lon L. Fuller zijn *Morality of Law* in 1964 – maar deze debatten beperkte zich veelal tot de normativiteit van het recht. Wie tot welke rechtssystemen behoorde en hoe deze systemen onderling samenhangen was nog nauwelijks onderdeel van de discussie.¹⁶⁴ Ook al zijn we anno 2020 nog ver verwijderd van een definitieve oplossing omtrent de aard van het recht, de prangende vragen van het afgelopen decennium houden vooral verband met de mondiale juridische situatie: hoe lossen we juridische problemen op in een geglobaliseerde wereld, met zowel geglobaliseerde als gefragmenteerde rechtsordes, met rechtssystemen op meerdere niveaus, met overlappende rechtsregimes, en met conflicten, oorzaken en gevolgen die meer dan één rechtsorde betreffen?¹⁶⁵ Als we kijken naar discussies over juridisch pluralisme,¹⁶⁶ over

¹⁶⁴ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013), 1 en N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 *New Left Review* 69, 71.

¹⁶⁵ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 1.

¹⁶⁶ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 5-49.

constitutionalisme,¹⁶⁷ of over de globalisering van rechtssystemen,¹⁶⁸ kunnen we stellen dat een van de belangrijkste vragen in de rechtstheorie vandaag de dag lijkt te zijn hoe we het *mondiale* recht moeten omschrijven en hoe we ermee om kunnen gaan.

Na de twee wereldoorlogen en het dekolonisatieproces lijkt globalisering wereldwijd in een stroomversnelling terecht te zijn gekomen. Zowel inter- als transnationale samenwerkingsverbanden schoten als paddenstoelen uit de grond en de wereldwijde verbinding die het internet met zich meebracht werkte als katalysator binnen dit globaliseringsproces. Deze transitie van een natiestaat-georiënteerd perspectief naar een nieuwe mondiale wereldorde¹⁶⁹ werkt door in de rol van de rechter. Dit heeft tot gevolg dat deze traditionele dimensies niet altijd adequaat aansluiten bij het complexe, nauw vervlochten en hybride rechtslandschap van 2020. Alvorens ik zal ingaan op hoe de vier dimensies van legitimiteit afzonderlijk worden beïnvloed door de veranderende tijden, zal hieronder eerst worden uiteengezet waar deze overgang vandaan komt hoe het huidige rechtslandschap kan worden getypeerd.

2.1.1 Mondiale problemen, nationale oplossingen

Volgens de klassieke, traditionele definitie van rechterlijke legitimiteit moet een rechterlijke beslissing *juist* zijn, volgen uit een wet en worden toegepast door een rechter, politiek zijn erkend en maatschappelijk geaccepteerd. In deze klassieke dimensie is het rechtsgebied -geografisch en temporeel- steeds vanzelfsprekend: het gaat om de politeia, de republiek, de staat. Problemen worden geacht te ontstaan binnen die staat en ook de oplossingen dienen daarbinnen te worden gevonden. Hoewel er incidentele uitzonderingen kunnen zijn, waarbij een hongersnood, epidemie of genocide de nationale grenzen overschrijdt, worden de meeste problemen gezien als een zuiver interne aangelegenheid.¹⁷⁰ In zoverre staten met elkaar in conflict komen wordt de staatsoevereiniteit gewaarborgd door het Verdrag van Westfalen. Nadat Europa tot tweemaal toe was verscheurd door een wereldoorlog, werden er samenwerkingsverbanden opgericht om toekomstige conflicten van het slagveld, naar de onderhandelingstafel te verplaatsen. Door de vorming van onder andere de Europese Unie en de Verenigde Naties, is er een ongekende pluraliteit aan rechtsregels en rechtsnormen ontstaan zonder duidelijke onderlinge hiërarchie.

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld J Klabbers, A Peters en G Ulfstein (red), *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press 2009).

¹⁶⁸ JS Martinez, 'Towards an International Judicial System' (2003) *Stanford Law Review* 56, 429 en AM Slaughter, 'Judicial Globalization' (1999) *Virginia Journal of International Law* 40, 1103.

¹⁶⁹ AM Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press 2004)

¹⁷⁰ N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 *New Left Review* 69, 70.

Anno 2020 worden we geconfronteerd met een breed scala aan complexe en mondiale problemen dat het bereik van traditionele, nationaal-georiënteerde rechtsinstrumenten overstijgt. Hoewel de aard van deze problemen internationaal is, worden oplossingen nog steeds overwegend gezocht binnen de natiestaat. De wereldwijde aanpak tijdens de COVID-19-crisis is hier een goed voorbeeld van. Een virus is bij uitstek een vijand die geen respect toont voor nationale grenzen en afgebakende jurisdicties. Toch proberen we haar verwoed in te lijven door nationale maatregelen te nemen die zowel qua omvang als qua intentie per land verschillen. Als gevolg van deze pluraliteit aan (contrasterende) maatregelen gaat de wereld -geografisch en economisch- op slot.

2.1.2 Het Keynesiaans-Westfaalse kader

Een reden voor de sterke focus op nationale maatregelen, kan zijn dat ons hedendaagse wereldbeeld is gevormd door naoorlogse ideologieën over sociale rechtvaardigheid, die dominant waren tussen ruwweg 1945 en 1970.¹⁷¹ De Amerikaanse hoogleraar filosofie Nancy Fraser, introduceert de term 'Keynesiaans-Westfaals kader' om dit dominante wereldbeeld te duiden.¹⁷² Dit kader verwijst enerzijds naar het economische model van John Maynard Keynes dat zich richtte op de economische herverdeling *binnen* territoriale staten. Anderzijds refereert het kader aan het Verdrag van Westfalen dat in 1648 de wederzijdse erkenning van soevereine territoriale staten verdragsrechtelijk vastlegde. Fraser gebruikt dit Keynesiaans-Westfaalse kader om te verwijzen naar een wereldbeeld dat uitgaat van een rechtvaardige verdeling van sociale, economische en politieke ongelijkheden *binnen* de territoriale grenzen van de staat en de onderlinge afspraak dat de interne verdeling van andere staten wordt gerespecteerd op grond van staatsoevereiniteit. Voor zover de problemen betrekking hadden op de internationale sfeer, waren ze in de eerste plaats gericht op veiligheidskwesties en niet op rechtvaardigheid.¹⁷³ Fraser stelt dat dit kader een grote invloed heeft gehad, en nog steeds heeft, op de manier waarop we nadenken over sociale rechtvaardigheid.

Volgens Fraser past dit model, waarlangs we onze politieke, economische en juridische systemen hebben ontworpen, niet meer bij de mondiale uitdagingen waar we anno 2020 mee worden geconfronteerd.¹⁷⁴ Beslissingen die in één territoriale staat op een bepaald moment worden genomen, hebben vaak een indirecte maar ontegenzeggelijke en onherstelbare impact op de leefwereld van mensen die leven in een andere ruimte (geografisch) en tijd (een volgende generatie). Kwesties zoals klimaatverandering,

¹⁷¹ N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 New Left Review 69, 70.

¹⁷² N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 New Left Review 69, 69 en N Fraser, *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world* (Columbia University Press 2010).

¹⁷³ N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 New Left Review 69, 70.

¹⁷⁴ N Fraser, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 New Left Review 69, 73.

massamigratie of COVID-19 hebben lak aan territoriale grenzen waardoor het Keynesiaans-Westfaalse kader haar aura van vanzelfsprekendheid verliest.¹⁷⁵ Met andere woorden, ons huidige politieke, juridische en economische systeem is ingedeeld naar de idee dat er problemen ontstaan binnen nationale grenzen en dat nationale leiders een oplossing moeten vinden om deze problemen intern af te wikkelen.

Dit uitgangspunt lijkt echter niet opgewassen tegen de mondiale uitdagingen van de 21^e eeuw. Het is daarom noodzakelijk om te erkennen dat onze wereld aan het veranderen is en dat het niet langer voldoende is om oplossingen voor mondiale problemen aan nationale regeringen over te laten. Allereerst moeten we hiervoor inzicht verkrijgen in wat voor soort rechtslandschap we anno 2020 verkeren. De Amerikaanse jurist en hoogleraar Paul Schiff Berman, introduceert de term ‘hybride rechtslandschap’ (hybrid legal space) om het begin van de 21^e eeuw aan te duiden.¹⁷⁶ Een hybride rechtslandschap kan worden gedefinieerd als een *transnationale* en *dynamische* samensmelting van onderling afhankelijke normen.¹⁷⁷ Hieronder zal ik de verschillende aspecten langslopen.

2.2 Een hybride rechtslandschap

Het concept ‘hybriditeit’ komt oorspronkelijk uit het *botanische* discours waarbij het verwijst naar een kruisbestuiving van ten minste twee soorten planten. In de juridisch-politieke wereld wordt er met het begrip hybriditeit naar iets soortgelijks verwezen; het duidt hier op een kruisbestuiving, een interactie van verschillendere juridische regimes, rechtsregels, tradities, normen en doctrines. Een hybride rechtslandschap omvat meer dan alleen de co-existentie van deze juridische (en quasi-juridische) systemen en verwijst ook naar de manier waarop deze systemen elkaar overlappen zonder elkaar volledig te verdringen.¹⁷⁸ Hiermee onderscheidt het concept ‘hybriditeit’ zich van ‘pluralisme’. In haar meest basale definitie gaat rechtspluralisme uit van meerdere, parallelle juridische systemen waarin verschillende normen en wetten naast elkaar bestaan.¹⁷⁹ Pluralisme kan worden gebruikt om twee lineaire, hiërarchische rechtssystemen te beschrijven die elkaar overlappen noch beïnvloeden (zoals de systemen van twee verschillende staten). Hybride rechtsruimtes worden juist gekenmerkt door grensoverschrijdende rechtsverhoudingen die niet alleen de nationale rechtsorde overstijgen, maar de totale grenzen van het begrip

¹⁷⁵ N Fraser, ‘Reframing Justice in a Globalizing World’ (2005) 36 New Left Review 69, 71.

¹⁷⁶ PS Berman, ‘Global Legal Pluralism’ (2007) 80 Southern California Law Review 1155.

¹⁷⁷ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 12-28.

¹⁷⁸ S Müller-Mall, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013) 12.

¹⁷⁹ Zie voor een meer uitgebreide definitie van rechtspluralisme bijvoorbeeld Griffiths, ‘What is Legal Pluralism?’ (1986) 18 The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 24 1; SE Merry, ‘Legal Pluralism’ (1988) 22 Law and Society Review 869 en PS Berman, ‘Global Legal Pluralism’ (2007) 80 Southern California Law Review 1155.

‘rechtsorde’ als zodanig.¹⁸⁰ De interactie van normen tussen verschillende rechtsordes resulteert in een verwevenheid van deze ordes die de traditionele, nationale grenzen doorbreekt.¹⁸¹ Hybride rechtswetten vullen elkaar aan en interageren met elkaar, maar vaak zonder een duidelijke hiërarchische relatie tussen deze verschillende normen. Zodoende wordt een hybride rechtslandschap gekarakteriseerd door diverse (juridische) normen die niet voortkomen uit een specifieke nationale, maar uit een transnationale context.¹⁸² Het gebrek aan een duidelijke hiërarchie van deze normen leidt ertoe dat het positieve recht niet altijd een doorslaggevend antwoord kan bieden.

Om het hybride karakter van bepaalde rechtsregels aan te tonen verwijst Burchardt naar artikel vier uit het *Verdrag van Aarhus*.¹⁸³ Dit artikel legt aan een verdragsluitende staat de verplichting op om nationale wetgeving aan te nemen die garandeert dat nationale individuen toegang kunnen krijgen tot informatie over het milieu. Dit artikel legt een specifiek soort verplichting op. Het verplicht de verdragsluitende staat om nationale wetgeving aan te nemen die toegang tot informatie over het milieu garandeert. In Nederland is dit neergelegd in hoofdstuk negentien van de *Wet Milieubeheer*.¹⁸⁴ Die bewuste nationale wetgeving heeft vervolgens een hybride karakter, omdat het zowel een internationale als een nationale formele oorsprong kent en een substantiële inhoud heeft welke is beïnvloed door zowel de internationale als de nationale orde. Burchardt legt uit dat in artikel vier een juridische norm wordt gecreëerd die niet binnenlands van aard is, maar hybride. Dit hybride karakter komt tot uitdrukking doordat de norm zowel door binnenlandse als door internationale elementen van juridische normativiteit wordt samengesteld. Het karakter kan niet worden herleid tot een louter binnenlandse oorsprong.¹⁸⁵

Een soortgelijk hybride karakter blijkt uit het *Verdrag tot Beperking van Staatloosheid* uit 1961. Artikel vier van dit verdrag legt aan de verdragsluitende partijen de verplichting op zijn nationaliteit te verlenen aan iemand die weliswaar niet is geboren op het grondgebied van de verdragsluitende partij, maar die anders staatloos zou worden. Wel moet in dat geval de vader of moeder van de desbetreffende persoon de nationaliteit van

¹⁸⁰ D Burchardt, ‘Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere’ (2007) 30 Leiden Journal of International Law 305, 307.

¹⁸¹ D Burchardt, ‘Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere’ (2007) 30 Leiden Journal of International Law 305, 306.

¹⁸² P Zumbansen, ‘Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism’ (2012) 21 Transnational Law & Contemporary Problems 203, 330.

¹⁸³ Verenigde Naties, *Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden* (1998), artikel 4.

¹⁸⁴ Wet van 13 juni 1979, houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van de milieuhygiëne (Wet Milieubeheer), hoofdstuk 19.

¹⁸⁵ D Burchardt, ‘Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere’ (2007) 30 Leiden Journal of International Law 305, 312-313.

de verdragsluitende partij hebben.¹⁸⁶ Evenals Burchardt aangaf bij artikel vier van het verdrag van Aarhus, is ook de oorsprong van deze eis niet nationaal of internationaal maar hybride. Artikel vier van het *Verdrag tot Beperking van Staatloosheid* is normcreërend in zichzelf. Ze legt aan de verdragsluitende staat de plicht op om in de eigen wetgeving een bepaling op te nemen die staatloosheid beperkt.

Hybride rechtsgebieden bevinden zich niet binnen een geografisch afgebakende rechtsorde maar veeleer in een 'transnationale rechtsorde'. Deswege moeten we bij het bestuderen van hybride rechtsruimtes afstappen van 'een ordelijk begrip' en ons in plaats daarvan richten op individuele normen, hun veelvoudige oorsprong en de dynamische manieren waarop verschillende rechtsordes via deze individuele normen met elkaar verstrengeld raken.

2.3 Een *transnationaal* rechtslandschap

Transnationale rechtswetenschappen als vakgebied is terug te voeren op de *Storrs Lectures* van Philip Jessup uit 1956, waarin hij transnationaal recht omschrijft als "all law which regulates actions or events that transcend national frontiers" (al het recht dat acties of gebeurtenissen reguleert die nationale staatsgrenzen overschrijden).¹⁸⁷ Zoals Jessup in 1956 reeds opmerkte, omvat transnationaal recht niet alleen het internationaal publiek- en privaatrecht, maar ook andere regels die niet geheel in dergelijke standaardcategorieën zijn onder te verdelen.¹⁸⁸ Sindsdien geldt transnationaal recht als een manier om complexe uitdagingen te reguleren die zich voordoen in een steeds afhankelijker wordende, globaliserende wereld.¹⁸⁹ Hoewel de term 'globalisering' nog niet aan de orde was ten tijde van Jessup's lezingen, probeert de doctrine van transnationaal recht sindsdien handvatten te bieden binnen een versnipperd en gefragmenteerd geheel van diverse rechtsbronnen, -normen en -tradities.¹⁹⁰

Zoals de naam al zegt is transnationaal recht geen nationaal recht of recht *tussen* staten (internationaal recht). Transnationaal recht overstijgt landsgrenzen. Maar waar een transnationale rechtsorde ervan uitgaat dat het *orde* kan brengen door structuren en patronen te ontdekken, wordt in hybride rechtsruimtes het hele bestaan van een dergelijke orde in twijfel getrokken. Dat hybride rechtsruimtes voorkomen in

¹⁸⁶ Artikel 4, mits ten tijde van de geboorte de vader of moeder de nationaliteit van de eerstgenoemde staat bezat

¹⁸⁷ Jessup 1956, p 2

¹⁸⁸ GC Shaffer, 'Theorizing Transnational Legal Ordering' (2016) Annual Review of Law and Social Science 1.

¹⁸⁹ P Zumbansen, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 Transnational Law & Contemporary Problems 203, 738.

¹⁹⁰ P Zumbansen, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 Transnational Law & Contemporary Problems 203, 739.aar

transnationale rechtsorden, betekent overigens niet dat hybriditeit een uniek kenmerk is van transnationaal recht. Hoewel er niet wordt uitgesloten dat soortgelijke hybriditeit kan worden gevonden binnen zuiver nationale rechtsorden, maakt de transnationale context hybriditeit bijzonder zichtbaar.

2.4 Een *dynamisch* rechtslandschap

Het rechtslandschap dat zich heeft verplaatst van een nationaal en internationaal niveau naar een transnationaal niveau en waarbij onderlinge rechtssystemen, rechtsnormen, rechtstradities en wetten in een continue interactie en kruisbestuiving met elkaar reageren, is onherroepelijk een *dynamisch* rechtslandschap. Het gebrek aan een duidelijke hiërarchie en een overkoepelende autonomie van buitenaf leidt tot een verzameling van wetten die voortdurend dynamisch is en constant in beweging. Dit heeft tot gevolg dat handelingen op één plaats en tijd een onvermijdelijk effect hebben op andere plaatsen en in toekomstige tijden. Hoewel dit *butterfly-effect* in principe niet nieuw is, is de schaal, intensiteit en snelheid waarmee oorzaak en gevolg elkaar opvolgen de afgelopen eeuw sterk toegenomen. Met het internet als katalysator is de 21^e eeuw meer verbonden dan ooit. Dit heeft effect op het rechtslandschap waarin we ons anno 2020 bevinden. In plaats van de afzonderlijke elementen van het recht, betekent het bestuderen van hybride juridische ruimten dat we de relaties tussen deze elementen moeten bestuderen. Het dynamische en transnationale karakter van hybride rechtsruimtes leidt tot complexiteit. Met complexiteit bedoel ik de onderlinge afhankelijkheid tussen de verschillende elementen van een hybride rechtsruimte. Deze onderlinge afhankelijkheid betekent dat verandering van één element van het systeem gevolgen kan hebben voor het systeem als geheel.

2.5 Tussenconclusie: het rechtslandschap van 2020

Het rechtslandschap van de 21^e eeuw dat hierboven is beschreven wordt gekenmerkt door de volgende drie componenten. Het is *hybride*, hetgeen betekent dat de onderlinge rechtsordes, wetten en rechtssystemen elkaar continu beïnvloeden zonder dat hierbij een duidelijke hiërarchie aanwezig is. Deze onderlinge kruisbestuiving is *transnationaal* van aard waardoor nationale landsgrenzen geen afbakening vormen voor de integrale beïnvloeding. Als gevolg hiervan is het huidige rechtslandschap dermate *dynamisch* dat oorzaak en gevolg elkaar, al dan niet zichtbaar, in sneltreinvaart opvolgen. Een beslissing die op plaats A wordt gemaakt heeft een directe maar soms onzichtbare invloed op plaats B. Een hybride rechtslandschap wordt gekarakteriseerd door diverse (juridische) normen

die niet voortkomen uit een specifiek nationale context, maar uit een transnationale.¹⁹¹ Het gebrek aan een duidelijke hiërarchie van deze normen leidt ertoe dat het positieve recht niet altijd een doorslaggevend antwoord kan bieden.¹⁹² Het recht is geen soevereine regulerende kracht, maar deelt zijn autoriteit met andere nationale en transnationale normatieve ordes.

De Nederlandse rechtszaak aangaande de repatriëring van vrouwen en kinderen met de Nederlandse nationaliteit vanuit Syrië, is een typisch probleem van het huidige rechtslandschap. De vrouwen zijn naar Syrië getrokken als reactie op de oorlog die daar woedde en de strijd van het Islamitische kalifaat. De oorzaak van dit conflict is niet vast te pinnen op een specifieke plaats of tijd en het is moeilijk om de verantwoordelijke personen aan te wijzen. De nasleep van dit conflict heeft dan ook een tijds- en grensoverschrijdend karakter. Er zullen (ex-)strijders achterblijven in Syrië en er zullen er een aantal terugkeren naar hun landen in alle denkbare uithoeken van de wereld. Het is onmogelijk om aan te wijzen waar en wanneer dit conflict is begonnen en of en wanneer het zal ophouden. Het is daarom een probleem dat de natiestaat verre overschrijdt. Daarnaast zijn er een veelheid van wetten -al dan niet- van toepassing op de repatriëring, die allen met elkaar in verband staan. De vrouwen doen bij de rechtbank een beroep op internationale verdragen,¹⁹³ Europees recht¹⁹⁴ en nationaal recht.¹⁹⁵ Daarnaast is deze zaak bij uitstek dynamisch. De beslissing van de nationale rechter kan de Nederlandse staat dwingen tot repatriëring en heeft daarmee effect op de situatie in Noord-Syrië, op andere landen die reeds moeten beslissen of zij overgaan tot repatriëring en mogelijk op alle landen in het Schengengebied. Wanneer de vrouwen en kinderen terugkeren naar Nederland kunnen ze zich in principe vrij bewegen door het alle Schengenlanden. Hiermee ligt een grote macht in de handen van de nationale Nederlandse rechter. Volgens de klassieke taakopvatting mag de rechter rechtspreken over zaken die zich op nationaal grondgebied afspelen. Traditioneel gezien verkrijgt ze legitimiteit doordat ze nationale wetten toepast op het nationale volk binnen het coherente juridische systeem van de nationale staat. Het hybride, transnationale en dynamische rechtslandschap problematiseert deze legitimiteit. Het opent een ruimte van onbeslisbaarheid waarin traditionele legitimiteitsgaranties niet kunnen worden gegarandeerd. Hieronder is de frictie tussen het hybride, dynamische en transnationale rechtslandschap en de klassieke

¹⁹¹ P Zumbansen, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 Transnational Law & Contemporary Problems 203, 330.

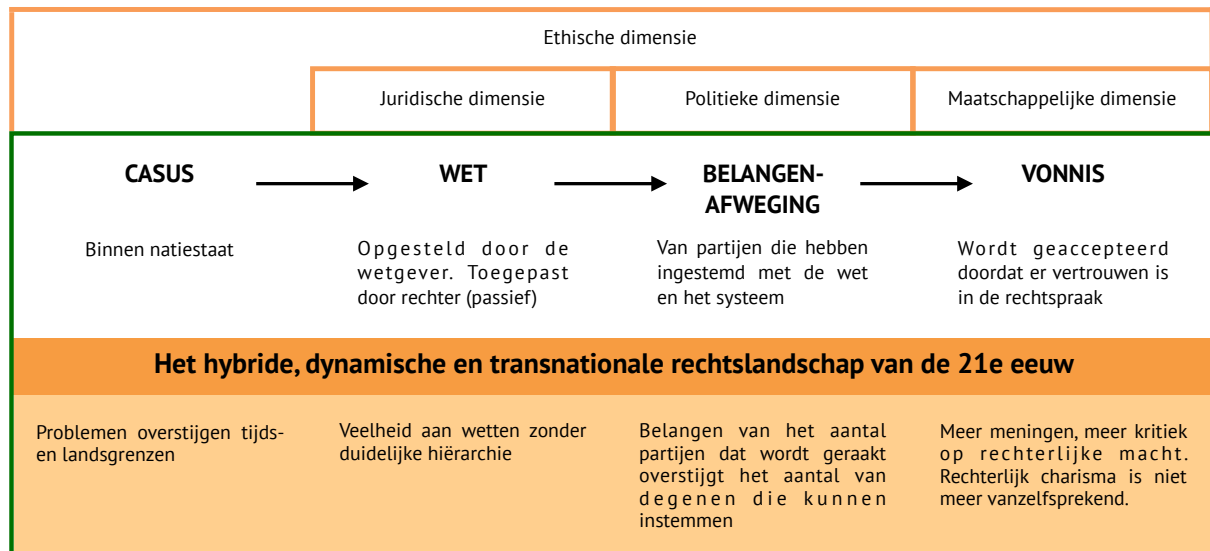
¹⁹² P Zumbansen, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 Transnational Law & Contemporary Problems 203, 330.

¹⁹³ Verenigde Naties, *Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten* (1966), artikel 2 en Verenigde Naties, *Verdrag inzake de rechten van het kind* (1989), artikel 2.

¹⁹⁴ Europese Unie, *Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (1950), artikel 1.

¹⁹⁵ Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, titel 3 Onrechtmatige daad, artikel 6:162.

dimensie van legitimiteit gevisualiseerd. In het volgende hoofdstuk zal deze frictie verder worden uitgediept en zullen we zien hoe de onzekere aard van de 21e eeuw de klassieke dimensies van rechterlijke beslissingen beproeft.



Klassieke dimensies van legitimiteit geproblematiseerd in het licht van het hybride, dynamische en transnationale rechtslandschap van de 21e eeuw

HOOFDSTUK III

Dimensies van Legitimiteit in het Licht van het Rechtslandschap van de 21e eeuw

Doordat het rechtslandschap van de 21^e eeuw zich laat kenmerken door een nauwe, hybride vervlechting van juridische systemen die zonder hiërarchische verhouding naast en door elkaar heen bestaan, wordt de stabiliserende visie op het recht aan het wankelen gebracht. In ‘normale tijden’ kan de stabiliserende visie betrekkelijk goed standhouden. Dusver heeft 2020 de grenzen van deze ‘normale tijden’ opgezocht: het COVID-19 virus legde niet alleen haar slachtoffers maar ook de internationale grenzen en economieën plat; bij de Black Lives Matter-protesten herenigen groepen mensen zich mondiaal voor de aanpak van (institutioneel) racisme; de frictie tussen de VS en internationale organisaties zoals de NAVO en de WHO laat de gemoederen hoog oplopen; jongeren organiseren zich massaal en intercontinentaal bij diverse klimaatmarsen én de Brexit moet zich dit jaar nog voltrekken. Deze gebeurtenissen getuigen niet van de ‘normale tijden’ waartegen de stabiliserende visie op de rechtspraak is opgewassen. Hierbij wil ik graag herhalen dat dit niet noodzakelijkerwijs *nieuwe* problemen zijn. Echter, het nauw-ervlochten, hybride rechtslandschap van 2020 maakt het opnieuw relevant om naar deze kwesties te kijken. De rechter heeft niet langer alleen te maken met onzekerheden op nationaal niveau, maar het speelveld is verschoven naar het transnationale terrein. Op dit transnationale speelveld zijn de traditionele spelregels en scheidsrechters niet meer vanzelfsprekend.

De klassieke *ethische* dimensie gaat uit van een coherent systeem van regels en wetten waarin de rechter een ‘juist’ antwoord kan vinden. In een hybride, transnationaal en dynamisch landschap is deze coherentie afwezig waardoor het stabiele perspectief niet langer vanzelfsprekend is. Volgens de klassieke opvatting van de *juridische* dimensie van legitimiteit stelt de koning van een staat als soeverein voorzienbare wetten op die de nationale rechter vervolgens willoos toepast. Dit lijkt niet langer aan te sluiten bij een hybride rechtslandschap waarbij wetten, rechtsregels of precedents vaak een hybride oorsprong hebben en dus niet zijn te herleiden tot een specifieke wetgever, jurisdictie of rechter. Volgens de klassieke *politieke* dimensie van legitimiteit, is een wet legitiem wanneer ze wordt opgesteld uit naam van de algemene wil van het volk. Wetten die heden ten dage worden uitgevaardigd en beleid dat nu wordt gemaakt heeft een effect op de leefwereld van mensen in anderen landen en toekomstige generaties. Beide zijn

niet vertegenwoordigd en kunnen daardoor deze algemene wil niet ondersteunen. Tot slot draagt het hybride rechtslandschap bij aan de ontmanteling van de klassieke rechter als sacraal persoon. Het vertrouwen in de rechtsstaat moet daardoor op een andere wijze maatschappelijk worden gelegitimeerd.

Door het rechtslandschap van de 21^e eeuw wordt rechterlijke legitimiteit in al haar dimensies geconfronteerd met een hoge mate van onzekerheid. Hieronder worden de vier dimensies nagelopen waarbij wordt stilgestaan hoe de veranderingen van het huidige rechtslandschap de klassieke invulling van de dimensies problematiseert.

3.1 De ethische dimensie in de 21^e eeuw

Wanneer de rechter een beslissing neemt gaat het er allereerst om, welke normen van toepassing zijn. Bij de beslissing welke normen van toepassing zijn, gaan rechtsstelsels van zowel nationale als internationale oorsprong er doorgaans vanuit dat de wetgever een coherente wil heeft en het door de wetgever gemaakte recht door de rechter op een coherente wijze wordt geïnterpreteerd en toegepast.¹⁹⁶ In hoofdstuk 1.2 hebben we gezien hoe de klassieke ethische dimensie van legitimiteit wordt gedomineerd door een stabiliserende visie op de rechtspraak. Deze stabiliserende visie gaat uit van de wet als coherent geheel. Een van de functies van deze stabiliserende visie is dat het de rechter een pantser geeft waarmee zij zich kan vrijwaren van de pijnlijke neveneffecten die rechterlijke beslissingen met zich mee kunnen brengen. Deze stabiliserende visie is ook zichtbaar in het vonnis van de Hoge Raad in de zaak omtrent de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en kinderen uit Syrië. Hoewel de Hoge Raad erkent dat ze in “erbarmelijke omstandigheden” verkeren, heeft de Nederlandse staat geen rechtsmacht over de vrouwen en kinderen, die zich buiten het grondgebied van Nederland bevinden. Hierdoor heeft de Nederlandse staat geen *verplichting* op grond van mensenrechtenverdragen om de kinderen naar Nederland te halen of zich daartoe in te spannen.¹⁹⁷ Het feit dat daardoor de mensenrechten van deze vrouwen en kinderen op geen enkele andere wijze kunnen worden beschermd doet hier niet aan af.¹⁹⁸ De vrouwen en kinderen vallen hierdoor spreekwoordelijk tussen wal en schip. De rechter erkent dat de meest fundamentele mensenrechten worden geschonden van deze Nederlandse vrouwen en kinderen, maar juridisch gezien bestaat er geen plicht dat Nederland hier iets aan zou moeten doen. Met het vervallen van de juridische plicht, vervalt ook de ethische plicht. Hierdoor worden de rafelranden van een vonnis afgedaan als van *bare harm*.

¹⁹⁶ R Ferguson, *The Right to Food and the World Trade Organization's Rules on Agriculture: Conflicting, Compatible, or Complementary?* (Brill 2018) 63.

¹⁹⁷ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.2.1-3.7.2.

¹⁹⁸ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 2.6.1-2.6.2.

In de zoektocht naar een ethisch fundament voor rechterlijke beslissingen heeft de mens zich lange tijd laten leiden door de monotheïstische religies. De idee dat er zoiets bestaat als goed en kwaad domineert onze rechtsfilosofie, rechtstheorie, rechtspraktijk en juridisch onderwijs. Wanneer een burger zich aan de wet houdt, doet hij het goed en heeft hij niets te vrezen van de staat. Wanneer hij dit niet doet, kan hij worden opgepakt, berecht en gestraft. Zo wordt het kaf evident gescheiden van het koren. Tijdens de Verlichting bleef dit absolute onderscheid tussen goed en fout nagenoeg onaangetast, zij het niet dat de normatieve invulling van deze begrippen werd ontdaan van haar religieuze mantel en ingeruild voor alomvattende theorieën en 'grote verhalen' op een menselijke maat. God werd vervangen door het wetboek en de rechter kreeg een gestalte van een aardse Petrus. De maatstaf voor deze normatieve theorieën werd echter door verschillende filosofen verschillend ingekleurd. Iedere filosoof zag zijn theorie als de absolute, de uiteindelijke, de ware. Voor de Duitse filosoof Friedrich Nietzsche (1844-1900), was deze opeenvolging van zelfverklaarde waarheden een symptoom van een verkeerde instelling. Hij verweet deze filosofische denkers dat ze de waarheid beschouwden als iets dat 'verborgen' was en wachtte 'om ontdekt te worden' door filosofen gewapend met ratio en gezond verstand.¹⁹⁹ In plaats daarvan, zo betoogde Nietzsche, waren deze filosofen allemaal pleitbezorgers van hun eigen waanideeën, niets meer dan scherpzinnige verdedigers van hun vooroordelen die zij "de waarheid" noemden.²⁰⁰ Allemaal beweren ze 'de uiteindelijke filosoof' te zijn, omdat ze de uiteindelijke en ultieme waarheid zouden hebben ontdekt.²⁰¹ Nietzsche vond dat vertrouwen naïef en zag de opvolging van deze filosofen als bewijs voor het gegeven dat deze historische waarheden allemaal relatief, subjectief en tijdelijk waren. Nietzsche stelde dat deze filosofische claims op de waarheid onderhevig waren aan historische tendensen: ze kunnen voor een bepaalde tijd en plaats waar zijn, maar niet universeel en altijd.

De universele en alomvattende kijk op de waarheid werd in de menselijke geschiedenis lange tijd ingevuld door het geloof in een God. Hoewel in de Verlichting is gepoogd om deze Goddelijke vanzelfsprekendheid te ontdoen van het pantser van transcendentie en Hem te vervangen door de menselijke ratio, bleef de idee dominant dat goed en fout absoluut gescheiden zijn en er manieren bestaan om altijd *juist* te handelen. Niet voor niets verklaarde Nietzsche God dood alvorens hij het vuur kon openen op deze grote,

¹⁹⁹ F Nietzsche, *Beyond Good and Evil* (first published 1886, Helen Zimmern vertaling, Coradella Collegiate Bookshelf Editions 2004) 9.

²⁰⁰ F Nietzsche, *Beyond Good and Evil* (first published 1886, Helen Zimmern vertaling, Coradella Collegiate Bookshelf Editions 2004) 10.

²⁰¹ F Nietzsche, *Beyond Good and Evil* (first published 1886, Helen Zimmern vertaling, Coradella Collegiate Bookshelf Editions 2004) 29.

alomvattende ethische ‘verhalen’. Met zijn beroemde notie ‘God is dood’ vernietigde hij het concept dat er een metafysische morele basis is die tijd en ruimte overstijgt, die goed en kwaad overstijgt, die de mensheid zelf overstijgt.²⁰² Maar zoals Nietzsche tevens voorspelde zal “de schaduwen van de moraal die hij hun gaf zich nog millennia lang laten gevoelen.”²⁰³ Het is de uitdaging voor de mens om zowel God zelf, als zijn schaduw te verslaan.

Door met zijn ‘hamerslagen’ het fundament onder de grote ethische theorieën weg te slaan, brengt dit de stabiliserende visie op de rechtspraak aan het wankelen. De stabiliteit van deze visie bestaat bij de gratie dat het fundament waarop onze wetten, rechtsregels en precedënten zijn gestoeld absoluut *juist* is. Iris van Domselaar noemt de tegenhanger van deze stabiliserende visie, de ontregelende visie op de rechtspraak.²⁰⁴ ‘Ontregelende rechtspraak’ als invulling van rechtvaardigheid wordt onder meer verdedigd door Louis Wolcher, Martha Nussbaum en Jacques Derrida.²⁰⁵ Een ontregelende opvatting van de rechtspraak legt het primaat niet bij de rechtsregels, precedënten, juridische beginsels of morele theorie, maar bij de particuliere omstandigheden van het geval. Dit maakt een goede rechter echter iemand die naast kennis over het geheel van rechtsregels en precedënten, vooral ook een adequaat perceptievermogen heeft.²⁰⁶ Hierover meer in hoofdstuk vier. Vanwege het onzekere karakter van de rechterlijke beslissing, is rechtspraak in deze visie ontregelend voor de rechter. Of er daadwerkelijk recht wordt gedaan aan het particuliere geval kan strikt gezien nooit worden vastgesteld. Volgens Wolcher is ontregelende rechtspraak bij uitstek lastig voor rechters “(...) who believe they are getting it right, or who are dead certain they are doing justice on the basis of words and images that seem to whisper lucid messages into their ears in ways that no rational being could doubt”.²⁰⁷ Kortom, voor rechters die denken de waarheid in pacht te kunnen hebben.

3.1.1 Onbereikbare rechtvaardigheid

De klassieke dimensie van rechterlijke legitimiteit ziet het recht als een geheel van wetten die gegrondvest zijn op morele verlichtingsidealen. Wanneer deze wetten op een juiste manier worden toegepast, volgt een rechtvaardig vonnis. Het huidige

²⁰² F Nietzsche, *The Gay Science* (first published 1882, W Kaufmann vertaling, Vintage Books 1974), 181-182.

²⁰³ F Nietzsche, *De Vrolijke wetenschap* §108 uit zoals geciteerd in S Prideaux, *Ik Ben Dynamiet* (De Arbeiderspers 2018), 226.

²⁰⁴ I van Domselaar, ‘Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’ (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 799.

²⁰⁵ LE Wolcher, *Law’s Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering* (Ashgate 2008), J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) en MC Nussbaum, *Poetic Justice: the Literary Imagination and Public Life* (Beacon Press 1995).

²⁰⁶ I van Domselaar, ‘Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’ (2011) *Nederlands Juristenblad* 795, 799.

²⁰⁷ LE Wolcher, *Law’s Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering* (Ashgate 2008), 223.

rechtslandschap ontregelt dit consistente geheel en zet conventionele theorieën over rechtvaardigheid op scherp. Jacques Derrida (1930-2004) kwam reeds aan het eind van de vorige eeuw met een idee over rechtvaardigheid die aansluit bij dit ontregelende perspectief. Volgens Derrida zijn wetten altijd door mensen gemaakt en daardoor aan menselijke interpretatie onderhevig.²⁰⁸ Ze zijn subjectief in plaats van absoluut. Daarmee bevinden ze zich in een heel ander spectrum dan *rechtvaardigheid*. Rechtvaardigheid is rechtvaardigheid iets absoluuts, iets mystieks dat zich buiten de wet afspeelt.²⁰⁹ Als wetten door mensen zijn gemaakt, hebben ze geen natuurlijk of goddelijk gezag. Rechtvaardigheid heeft dat echter wel.²¹⁰ Daarmee is rechtvaardigheid niet alleen absoluut, maar tevens onbereikbaar voor de gewone sterveling. Op het moment dat we proberen om deze absolute notie van rechtvaardigheid in een wet te vangen, wordt ze weer door de mens gemaakt en vervalt ze tot een construct. Hoewel Derrida rechtvaardigheid beschouwt als iets onbereikbaars, leidt dit niet tot een nihilistisch of cynische zienswijze. Volgens Derrida moeten we blijven streven naar rechtvaardigheid, ook al zijn we ons er volledig van bewust dat we dit nooit zullen bereiken. Derrida spreekt over een toekomstig aantreden van rechtvaardigheid (*la justice reste à venir*).²¹¹ Dat ‘rechtvaardigheid nog moet komen’ betekent geenszins dat ze morgen voor de deur staat, noch dat we haar in de toekomst zouden kunnen bereiken. Het betekent veeleer dat er een belofte wordt gedaan dat ooit, op een messiaans moment rechtvaardigheid aan ons zou *kunnen* verschijnen.²¹² Hoewel de wet deze rechtvaardigheid nimmer in haar boeken zou kunnen vangen, moeten rechters, juristen en beleidsmakers blijven streven naar deze rechtvaardigheid, zij het in de volle wetenschap dat ze haar nooit zullen bereiken. Dit roept de rechter dus op om op actieve wijze op zoek te gaan naar hetgeen rechtvaardigheid benadert. Ze kan er niet vanuit gaan dat deze rechtvaardigheid in het naadloze geheel van wetten gevangen zit maar moet er actief naar op zoek. In hoofdstuk vier zullen we bekijken op welke wijze dit anno 2020 kan geschieden.

3.1.2 Subconclusie

De ethische dimensie van legitimiteit vereist dat een rechterlijke beslissing juist en rechtvaardig is om legitiem te kunnen zijn. De stabiliserende visie op de rechtspraak

²⁰⁸ J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 14.

²⁰⁹ J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 15.

²¹⁰ J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 15.

²¹¹ J Derrida, *Force de Loi: Le Fondement Mystique de l’Autorité* (Galilée 1994) 60 en J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 27.

²¹² J Derrida, ‘Remarks on Deconstruction and Pragmatism’ in S Critchly, J Derrida, E Laclau and R Rorty *Deconstruction and Pragmatism* (first published 1996, Routledge 2005) 85.

voorzag in dit vereiste door middel van regels, wetten en precedentes die voortvloeien uit een onderliggend normatief fundament. Dit fundament kan worden gevonden in een goddelijk natuurrecht of in een normatieve rechtvaardigheidstheorie gestoeld op de menselijke ratio. Wanneer God spreekwoordelijk wordt 'doodverklaard' wordt dit fundament weggeslagen. Hiermee vervalt ook het geloof in een natuurlijk gegeven goed en kwaad. Dit 'verval' maakt plaats voor een ontregelende visie op de rechtspraak. Doordat een ontregelende visie niet uitgaat van een coherent systeem van wetten maar van een rechter die per concreet geval rechtspreekt, sluit een ontregelende visie op de rechtspraak beter aan bij de huidige realiteit. Het roept de rechter op om de ethische normativiteit van wetten niet zomaar voor waar aan te nemen, maar om deze actief te beproeven.

3.2 De juridische dimensie in de 21^e eeuw

De klassieke juridische dimensie van legitimiteit typeert een legitieme rechterlijke beslissing als eentje die volgt uit een positiefrechtelijke wet (materieel) en wordt toegepast door een daartoe bevoegde rechter die binnen de grenzen van haar macht rechtspreekt (formeel). Wanneer rechten met elkaar in conflict komen bestaat er een zekere hiërarchie die zal uitwijzen welke wet of norm moet prevaleren. In een rechtslandschap waarin casussen puur nationale aangelegenheden zijn is deze visie enigszins houdbaar. Echter, rechterlijke beslissingen anno 2020 zijn zelden puur nationaal. Vaker wel dan niet hebben besluiten (zowel rechterlijk als beleidsmatig) die binnen een nationale context worden gemaakt een onvoorziene en ongewisse uitwerking op andere contexten en soms ook op toekomstige tijden. Hierdoor wordt het materiele aspect van de juridische dimensie in een hybride rechtslandschap geproblematiseerd, doordat wetten uit verschillende rechtsordes door elkaar heen bestaan zonder duidelijke hiërarchie. Daarnaast voorziet het formele aspect van de juridische dimensie erin dat een rechterlijke beslissing wordt genomen door een daartoe bevoegde rechter die binnen de grenzen van haar macht rechtspreekt. Ook deze rechtsmacht van de rechter blijkt in het huidige rechtslandschap onder druk te staan op zowel nationaal, Europees als internationaal niveau.

3.2.1 Nationaal niveau

In Nederland worden wetten opgesteld door onze wetgevende macht, regering en de Staten-Generaal en op grond van deze wetten spreken rechtbanken recht. Dit lijkt overeen te stemmen met de klassieke visie op legitimiteit. Echter, de globale verbondenheid van de 21^e eeuw sijpelt ook door in het nationale niveau van rechterlijke beslissingen. Op nationaal niveau moet de Nederlandse rechter de internationale

afhankelijkheid erkennen. Met name waar het gaat over kwesties met tijds- en grensoverschrijdende dimensies zoals de COVID-19 crisis, klimaatzaken of de repatriëring van vrouwen en kinderen uit Syrië. Landen wereldwijd hebben een gezamenlijk aandeel in het ontstaan van deze problemen en dragen een gedeelde verantwoordelijkheid in het oplossen ervan. Wanneer deze oplossingen niet adequaat worden geregeld op politiek niveau, komen ze vaak uit bij de nationale rechter. De rechter *moet* vervolgens rechtspreken binnen deze complexe en verweven context waarbij ze recht moet doen aan de internationale effecten van haar vonnis.

Met betrekking tot het materiële aspect van juridische dimensie van rechterlijke legitimiteit bestaan er binnen het nationale recht verschillende conflictregels die de hiërarchie kunnen uitwijzen wanneer tegenstrijdige normen *binnen* een rechtssysteem met elkaar in conflict komen. Dergelijke regels omvatten *lex superior derogat inferiori* (superioriteitsbeginsel – hogere wetten gaan voor lagere wetten), *lex posterior derogat legi priori* (chronologiebeginsel – nieuwere wetten gaan voor oudere wetten) en *lex specialis derogat generali* (specialiteitsbeginsel – speciale wetten gaan voor algemene wetten). Hoewel dergelijke regels gebruikelijk zijn in nationale rechtssystemen²¹³ en zelfs in het internationale recht,²¹⁴ zijn ze minder bruikbaar in hybride rechtsgebieden. Hybride rechtsruimtes missen de duidelijke normatieve hiërarchie die een conflictoplossingsregel als het superioriteitsbeginsel productief zou maken. Bovendien berusten deze regels voor conflictoplossing op het vermoeden van een coherentie van het recht die in hybride rechtsruimtes ontbreekt.²¹⁵

Het formele aspect van de juridische dimensie van rechterlijke legitimiteit ziet erop toe dat de rechter rechtsprekt binnen de grenzen van haar macht. In een duidelijk afgebakende natiestaat is het meestal duidelijk waar de rechtsmacht van de ene nationale rechter ophoudt en die van een ander begint. Een hybride rechtsruimte heeft een vertroebelend effect op deze grenzen. Bij de rechtszaak over de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en kinderen in Syrië, was een van de belangrijkste vragen of de Nederlandse staat de rechtsmacht had om over de vrouwen en kinderen te oordelen. De hoofdregel is immers dat de rechtsmacht van een staat zich alleen uitstrekt tot zijn eigen grondgebied.²¹⁶ De gedachte achter deze regel is dat aan iedere staat soevereiniteit toekomt op zijn eigen grondgebied en bij uitstek in staat is om de mensenrechten aldaar

²¹³ S Chassagnard-Pinet, 'Conflict of Norms and Conflict of Values in Law,' in M Armgardt (red), *Past and Present Interactions in Legal Reasoning and Logic* (Springer International Publishing 2015).

²¹⁴ R Ferguson, *The Right to Food and the World Trade Organization's Rules on Agriculture: Conflicting, Compatible, or Complementary?* (Brill 2018) 52.

²¹⁵ R Michaels en J Pauwelyn, 'Conflict of Norms of Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law' (2012) 22 *Duke Journal of Comparative & International Law* 367.

²¹⁶ Hoge Raad, r.o. 3.4.1.

te waarborgen. Wanneer (ook) een andere staat de rechtsmacht heeft op dat grondgebied, zou dit de staatssoevereiniteit aantasten.²¹⁷ Echter, in deze zaak bevinden de vrouwen en kinderen zich op het grondgebied van een staat die geen partij is bij de verdragen waarop de vrouwen en kinderen een beroep op. Hierdoor, betogen de vrouwen en kinderen, kunnen hun mensenrechten niet op een andere wijze beschermd worden dan dat ze onder de rechtsmacht van de Nederlandse staat vallen.²¹⁸ Volgens het Hof en de Hoge Raad is dit geen valide reden om aan te nemen dat de Nederlandse staat rechtsmacht over hen kan uitoefenen en blijft de hoofregel gelden.²¹⁹ Dit is een typisch probleem van een hybride rechtslandschap met een wrange uitkomst. Het feit dat het onduidelijk is wie de uiteindelijke rechtsmacht heeft, maakt het voor de verschillende partijen gemakkelijker om hun handen ervan af te trekken. Het ontbreken van een wet die duidelijkheid schept en uitkomst biedt, leidt hier tot een leemte in de bescherming van mensenrechten. De vrouwen en kinderen worden hier ontdaan van wat de Duits-Amerikaanse filosofe Hannah Arendt (1906-1975) noemt hun recht om rechten te hebben; *their right to have rights*.²²⁰ “Their plight is not that they are not equal before the law, but that no law exists for them; not that they are oppressed, but that nobody even wants to oppress them.”²²¹ Het lot van van deze rechtelozen, is niet zozeer dat ze door een staat worden onderdrukt, maar dat er geen staat is die ze wil onderdrukken. Veel van onze mensenrechten zien erop toe dat de staat haar volk in bescherming neemt, tegen externe belemmeringen en tegen de staat zelf. Dit is ook het fundament waarop het sociaal contract is gebaseerd. Wanneer er geen staat is voor bepaalde mensen, noch om ze te onderdrukken, noch om ze te beschermen, boeten deze rechten aan kracht in. Dit gegeven klinkt tevens door in het vonnis van het Hof en de Hoge Raad aangaande de Nederlandse vrouwen en kinderen in Syrië. De Hoge Raad stelt dat de Nederlandse staat de vrouwen en kinderen niet naar Nederland hoeft te halen “en zich daartoe ook niet hoeft in te spannen.”²²² Hoewel de vrouwen en kinderen niet stateloos zijn – hun paspoort is (nog) niet ingetrokken, verliezen ze zo toch hun recht op rechten. De meeste vrouwen zouden in Nederland linea recta in de gevangenis worden opgesloten wegens hun bijdrage aan de Islamitische Staat. Maar Nederland *hoeft* de vrouwen niet. We hoeven ze niet naar Nederland te halen, we hoeven ons daartoe niet in te spannen en we hoeven ze hier niet te bestraffen met een gevangenisstraf. Hiermee is er geen land dat zich het lot van de vrouwen en kinderen aantrekt, geen land dat hen *wil* onderdrukken of beboeten. Doordat het niet duidelijk is dat Nederland de rechtsmacht heeft over haar inwoners die zich op Koerdisch-Syrisch gebied bevinden, *mag* ze ervoor

²¹⁷ Hoge Raad, r.o. 3.4.1.

²¹⁸ Hoge Raad, r.o. 3.6.1.

²¹⁹ Hoge Raad, r.o. 3.6.2.

²²⁰ P Birmingham, *Hannah Arendt and Human Rights* (Indiana University Press 2006), 1.

²²¹ H Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (first published 1951, Penguin 2017) 387.

²²² Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, 3.22.2 en Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:32084.2

kiezen om zich het lot van de kinderen niet aan te trekken, maar het *hoeft* niet. Dit maakt dat het lot van de vrouwen en kinderen is overgeleverd aan de sympathie of liefdadigheid van de Nederlandse staat in plaats van aan fundamentele mensenrechten. En liefdadigheid is een gevaarlijk goed wanneer je leven ervan afhangt.

3.2.2 Europees niveau

Ook op Europees niveau zorgt het hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw voor de nodige frictie. Om dit te verduidelijken wil ik eerst kort stilstaan bij een stukje ontstaansgeschiedenis van de Europese Unie. De huidige Europese Unie is in 1993 tot stand gekomen met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht. Deze totstandkoming vond plaats in een naoorlogs klimaat waarin het ideaal dominant was dat steeds meer landen een liberale democratie naar westers voorbeeld zouden worden. Illustratief hiervoor is de populariteit van het inmiddels welbekende boek van Francis Fukuyama (1992) getiteld *The End of History and the Last Man*.²²³ Hier beschrijft Fukuyama hoe de ideologische evolutie een eindpunt heeft gevonden in de Westerse liberale democratie als ultieme regeringsvorm. Gesterkt door het idee dat aan het begin van de 21^e eeuw alle nationale neuzen dezelfde kant op wezen, ontstond het ideaal van een 'steeds hechter wordende unie'. Om dit ideaalbeeld te bereiken hebben Europese lidstaten steeds een stukje meer soevereiniteit ingeleverd, in ruil voor gunstige handelsovereenkomsten en een sterk gedeeld buitenlands beleid. Door verschillende verdragen, richtlijnen, verordeningen en uitspraken van de Europese hoven in Luxemburg en Straatsburg werden de contouren van de Europese Unie steeds duidelijker. Ook ontstond er een redelijk duidelijke hiërarchie van rechtsnormen: Europees recht heeft suprematie over nationaal recht en wordt uitsluitend uitgelegd door het Europese Hof van Justitie in Luxemburg. Deze positie vloeit voort uit de bekende arresten *Van Gend&Loos* en *Costa/ENEL* uit respectievelijk 1963 en 1964. Uit *Van Gend&Loos* bleek dat de Europese Gemeenschap een 'nieuwe rechtsorde' was binnen het internationaal recht ten behoeve waarvan lidstaten hun soevereiniteit hebben begrensd.²²⁴ In *Costa/ENEL* volgde dat het Europees recht gezien kan worden als een 'autonome rechtsbron' waarvan het recht onafhankelijk van het grondwettelijk stelsel van lidstaten kan doorwerken in het nationale recht.²²⁵ Het Europese recht heeft volgens het Hof altijd voorrang op nationaal recht en daarmee staat het in een hiërarchisch bovengeslikte positie. Hoewel deze hiërarchische positie niet zonder slag of stoot verkregen werd (denk hierbij aan de *Solange I en II*- rechtspraak waarbij de voorrang van Europees recht op de -in dit geval

²²³ F Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (Free Press 1992).

²²⁴ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (5 februari 1963) ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

²²⁵ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (15 juli 1964) ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*)

Duitse- grondwet hevig werd bevochten) leek er uiteindelijk een duidelijke hiërarchie te bestaan tussen nationaal en Europees recht.

Echter, begin dit jaar werd deze stabiliteit op losse schroeven gezet door een uitspraak van -alweer- het *Bundesverfassungsgericht*. Begin mei 2020 oordeelde het Grondwettelijk Hof in Karlsruhe, de hoogste rechtbank van Duitsland, dat het opkopen van staatsobligaties door de Europese Centrale Bank (ECB) mogelijk in strijd is met de Duitse Grondwet.²²⁶ Sinds 2015 kocht de ECB voor bijna 2200 miljard euro aan staatsleningen op om zo de inflatie aan te jagen. Maar volgens de Duitse rechters heeft deze opkoop ook grote economische effecten (zoals de lage rente op spaarrekeningen) waarmee de ECB geen rekening zou houden. Het *Bundesverfassungsgericht* stelde de ECB een ultimatum: als het bestuur niet binnen drie maanden een nieuw besluit neemt waarin zij de proportionaliteit van deze opkopen uitlegt, dan mag de Duitse centrale bank niet meer meedoen aan het opkoopprogramma. Een eerdere uitspraak van het Hof van Justitie waarin wordt geoordeeld dat de bevoegdheid tot het opkopen van staatsobligaties wel degelijk binnen de bevoegdheid van het ECB valt, wordt door de Duitse rechters aan de kant geschoven. Hiermee geeft het *Bundesverfassungsgericht* indirect instructies aan de ECB en dat is ongekennd.²²⁷ Het Hof van Justitie, dat eigenlijk over de ECB gaat, wordt gebruuskeerd. Hoewel de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* in eerste instantie alleen van toepassing is op de interne Duitse politiek, kan deze uitspraak grote gevolgen hebben voor de stabiliteit van de eurozone en de positie van het Hof van Justitie.²²⁸ Door de mate van verwevenheid binnen de Europese Unie staat deze uitspraak niet op zichzelf maar werkt deze door in allerlei uithoeken van de Unie. De kritiek die het *Bundesverfassungsgericht* uit op het opkopen van staatsobligaties werkt als olie op het vuur bij de sluimerende wig die de economische gevolgen van de coronacrisis dreigt te drijven tussen Noord- en Zuid-Europa. Ook grijpen Eurosceptische politici in Polen en Hongarije dit arrest gretig aan als een manier om afbreuk te doen aan de veronderstelde overmacht van het Europese Hof van Justitie.²²⁹ De uitspraak die vorige maand in Karlsruhe werd gedaan illustreert hoe in het dynamische rechtslandschap van 2020 nationale rechterlijke uitspraken een grote invloed kunnen hebben op andere nationale rechtssystemen en de Europese rechtsorde. De klassieke dimensie die uitgaat van voorzienbare wetten die in een duidelijke hiërarchie tot elkaar staan sluit hier niet meer adequaat op aan. In de volgende hoofdstukken zal worden bekeken hoe met deze frictie kan worden omgegaan.

²²⁶ Bundesverfassungsgericht (5 mei 2020) ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.

²²⁷ M Beunderman, 'Rechters in Rode Toga's Maken het de Euro nog Lastiger' *NRC* (9 mei 2020) Economie 2.

²²⁸ M Beunderman, 'Rechters in Rode Toga's Maken het de Euro nog Lastiger' *NRC* (9 mei 2020) Economie 2.

²²⁹ C de Gruyter, 'Duitse Rechters zetten de Bundesbank Klem' *NRC* (9 mei 2020) 11.

3.2.3 Internationaal niveau

Hierboven hebben we gezien dat veel van ons denken over juridische legitimiteit sterk is georiënteerd op de natiestaat. Een klassieke theorie over rechterlijke legitimiteit veronderstelt één soeverein aan het hoofd van een staat die voorzienbare wetten uitvaardigt die de rechter vervolgens als een spreekbuis kan toepassen. Tot halverwege de 20^e eeuw hield de klassieke kijk op juridische legitimiteit nog redelijk stand. De soeverein had de absolute macht over de natiestaat, inclusief haar 'bijbehorende' koloniën. Als gevolg hiervan viel een groot deel van de wereldbevolking onder de rechtsmacht van een beperkt aantal grootmachten. Na de Tweede Wereldoorlog kwamen wereldwijd dekolonisatieprocessen op gang en werden nieuwe samenwerkingsverbanden opgericht om een dergelijke oorlog in de toekomst te voorkomen. Hiermee nam de diversiteit van rechtsnormen exponentieel toe. Het loslaten van de koloniën opende de mondiale handelsmarkt en ging daarmee samen met een toenemende verwevenheid van economieën en samenlevingen. Om deze samenwerkingsverbanden te kunnen handhaven waren onderlinge afspraken, regels en rechterlijke instrumenten nodig.

De versplintering van rechtsnormen als gevolg van een wildgroei aan internationale regels en rechtsmachten is iets waarmee het internationale recht sindsdien kampt. Illustratief hiervoor is de discussie die verschillende presidenten van het Internationaal Gerechtshof in Den Haag al geruime tijd bezighoudt. Sinds 2000 wordt er vanuit Den Haag gewaarschuwd voor het verval van de eenheid van het internationale recht, en daarmee de rol ervan in interstatelijke betrekkingen, als gevolg van een expansie van rechtsmachten.²³⁰ De Finse hoogleraren Martti Koskenniemi en Päivi Leino beschrijven het huidige internationale recht als een product van een beroepsethos dat sinds het einde van de 19e eeuw probeert te verklaren hoe een schijnbaar "anarchistisch" geheel van zelfregulerende vorstendommen kan worden verenigd als "orde" op een dieper existentieel niveau, hetzij als filosofisch principe, hetzij als sociologisch gegeven.²³¹ Hoe diep dit geloof in een coherent en stabiel rechtstelsel geworteld is, blijkt ook uit het onderstaande citaat van de Oostenrijks-Britse rechtsgeleerde Sir Hersch Lauterpacht uit 1941:

"The disunity of the modern world is a fact; but so, in a truer sense, is its unity. Th[e] essential and manifold solidarity, coupled with the necessity of securing the rule of law and the elimination of war, constitutes a harmony of interests which has a basis

²³⁰ HE Gilbert Guillaume, 'Presidential Speech of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations' (30 October 2001) 2.

²³¹ M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 556.

more real and tangible than the illusions of the sentimentalist or the hypocrisy of those satisfied with the existing status quo.”²³²

Het vertrouwen in de stabiliteit van het internationale recht is zo sterk, dat zelfs in de meest donkere dagen uit de recente Europese geschiedenis het geloof in een mythische eenheid van de internationale rechtsorde prevaleert. Gesterkt door Harts beroemde beschrijving van het internationaal recht in termen van "regels die geen systeem maar een eenvoudig geheel vormen"²³³ ontstond er een misplaatste hoop op een geheel van rechtsregels die de internationale samenleving op eenzelfde manier zou gaan besturen als het Europese recht de Europese samenleving regeert.²³⁴ Maar hoe meer "samenhangend" het academische recht werd, hoe minder haar begrip overeenkwam met de politieke realiteit.²³⁵ Bij het gebrek aan een onpartijdige derde blijft het belang van de natiestaat leidend. Volgens Koskenniemi en Leino is er binnen het internationaal recht geen 'algemene oplossing' en geen definitieve hiërarchie voor handen. Daardoor blijft de realiteit dat elke instelling haar eigen professionele of nationale taal spreekt en probeert om die te vertalen naar een wereldwijd Esperanto, zodat haar speciale belangen als de natuurlijke belangen van iedereen naar voren komen.²³⁶

Volgens Koskenniemi en Leino is het idee van een gezamenlijk cultureel-politieke internationale orde, waar in het begin van de 20^e eeuw over werd gefantaseerd niet meer rendabel. Het beeld van de internationale orde als één enkele, hiërarchische structuur met de Verenigde Naties aan het hoofd waarbinnen getemde vorsten regeren door middel van publiekrecht en diplomatie in plaats van geweld, is verleden tijd.²³⁷ De nieuwe mondiale configuratie bouwt voort op informele relaties tussen verschillende soorten eenheden en actoren, terwijl de rol van de staat is getransformeerd van wetgever tot een facilitator van zelfregulerende systemen.²³⁸ Nationale politieke gemeenschappen zijn heterogener geworden, hun grenzen veel poreuzer dan dat ideeën over soevereiniteit en

²³² "De verdeeldheid van de moderne wereld is een feit, maar tegelijkertijd is ze ook des te meer een eenheid. De essentiële en veelvuldige solidariteit, gekoppeld aan de noodzaak om de rechtsstaat te waarborgen en de oorlog uit te bannen, vormt een harmonie van gedeelde belangen die een meer reële en tastbare basis heeft dan de illusies van de sentimentalist of de hypocrisie van degenen die tevreden zijn met de bestaande status-quo" uit H Lauterpacht, 'The Reality of the Law of Nations' in E Lauterpacht (red), *International Law, Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht* (Cambridge University Press 1970).

²³³ HLA Hart, *The Concept of Law* (eerste druk 1961, Oxford University Press 2012).

²³⁴ M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 558.

²³⁵ M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 558.

²³⁶ M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 558.

²³⁷ M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 557.

²³⁸ M M Koskenniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 557.

de internationale orde doen vermoeden en de normen die zij uitdrukken zijn fragmentarisch, discontinu, vaak ad hoc en zonder duidelijke hiërarchische relatie.²³⁹

Als voorbeeld hiervan kan worden gekeken naar het optreden van de Verenigde Staten in de Israëlische annexatie van de bezette Westelijke Jordaanoever. In januari 2020 presenteerde de Amerikaanse president Trump een 'vredesvoorstel' waarin wordt gesteld dat Israël 30 procent van de Westelijke Jordaanoever mag inlijven: een gebied dat de Palestijnen als hartland van hun toekomstige staat zien.²⁴⁰ Alle vijftien leden, minus de Verenigde Staten, van de VN-veiligheidsraad bestempelen de annexatie als een schending van internationaal recht, maar afkeurende resoluties kunnen worden getorpedeerd door een Amerikaans veto en worden daarom niet ingediend.²⁴¹ Of de Verenigde Staten de legitieme of zelfs de juiste rechtsmacht zijn om in het Palestijns-Israëlische conflict te bemiddelen lijkt niet zo ter discussie te staan. In de internationale jungle lijkt het eerder te draaien om de vraag wie de economische en politieke *mogelijkheden* heeft om zich in het conflict te mengen.²⁴² Daarbij lijkt een statement van de VN minder leidend dan de bemoedigende woorden die president Trump op de avond van zijn inauguratie met vaderlijke toon uitsprak tegen zijn schoonzoon Jared Kushner: "If you can't produce peace in the Middle east, nobody can."²⁴³

3.2.4 Subconclusie

De traditionele visie op juridische legitimiteit veronderstelt een coherent systeem met een duidelijke hiërarchie van rechtsregels en bevoegde instanties. In een hybride rechtslandschap zijn beide afwezig. Dit brengt onzekerheden met zich mee; het is niet langer vanzelfsprekend wat de juiste wet is en wie deze zou moeten toepassen. Door het gebrek van hiërarchie worden op nationaal niveau de gebruikelijke normconflictregels geproblematiseerd; op Europees niveau heeft het dynamische aspect van het recht tot gevolg dat nationale beslissingen op één plaats onbedoeld doorwerken in de hele Unie; en op internationaal niveau ontstaat door het gebrek van hiërarchische regels een soort jungle waarbij de landen met de grootste economische en politieke mogelijkheden de dienst kunnen uitmaken.

²³⁹ M Koskeniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 558.

²⁴⁰ S Kester en T Koelé, 'Israël riskeert escalatie met annexatie' *Volkskrant* (1 juli 2020) 15.

²⁴¹ S Kester en T Koelé, 'Israël riskeert escalatie met annexatie' *Volkskrant* (1 juli 2020) 15.

²⁴² R Cohen-Almagor, 'President Trump and the Israel-Palestinian Conflict' (2017) *E-International Relations* <<http://www.e-ir.info/2017/03/10/president-trump-and-the-israeli-palestinianconflict/>> bezocht op 1 juli 2020.

²⁴³ Onbekende auteur, 'Donald Trump gives Israel the green light to annex occupied lands' *The Economist* (30 januari 2020).

3.3 De politieke dimensie in de 21^e eeuw

De politieke dimensie van legitimiteit gaat ervan uit dat gezag legitiem is wanneer het wordt uitgeoefend in het belang van de algemene wil. Dit vloeit voort uit het *sociaal-contractdenken* dat zijn wortels wederom heeft in het tijdperk van de Verlichting.

In hoofdstuk één hebben we gezien hoe Thomas Hobbes een pre-statelijke natuurtoestand voorstelt waarin mensen zullen vervallen in een oorlog van allen tegen allen. Om uit deze natuurtoestand te geraken sluiten de mensen een denkbeeldig contract waarmee ze een deel van hun vrijheid inleveren in ruil voor veiligheid. John Locke plaatst het recht op privé-eigendom in het hart van deze natuurtoestand. Om dit eigendom veilig te kunnen stellen is er een staat nodig die het recht op eigendom beschermt en straffen kan uitdelen aan diegenen die dit recht niet respecteren. Jean Jacques Rousseau stelt juist een vermaatschappelijk sociaal contract voor waarbij privébelang geen leidende rol speelt. Wie deel wil nemen aan het sociaal contract doet dit onder leiding van de ‘algemene wil’ (*volonté général*). Volgens Rousseau is volkssoevereiniteit de enige bron van macht en recht. Het volk sluit daarom geen contract met de staat, maar met het volk onderling waarbij vrijheden worden overgedragen aan een daarvoor ingestelde functionaris op grond van een denkbeeldig contract.

De rechtstheoreticus Bonnie Honig wijst op een paradox in Rousseau’s theorie. Volgens zijn sociaal contracttheorie worden wetten gegenereerd door het volk op basis van een collectief goed. Echter, alvorens het volk deze wetten kan genereren moet er een wet zijn geweest die aan hen deze wetgevende macht delegeert. Dit maakt van het sociale contractdenken een klassiek kip en het ei verhaal: wie was er eerder? Het wetgevende volk of de delegerende wet? Om deze paradox te omzeilen introduceert Rousseau de ‘eerste wetgever’; een deugdzaam persoon die op rationale wijze de eerste wet instelt.²⁴⁴ Met het instellen van deze eerste wet, die het volk de bevoegdheid geeft tot wetgeving, vangt het democratische regime aan. Volgens Honig wordt op deze manier de paradox echter niet opgelost, maar slechts verplaatst. Rousseau vraagt zijn lezers om zich een andere tijd voor te stellen waarin het probleem niet aan de orde is en hij vindt een oplossing voor het huidige probleem in deze fictieve, eerdere tijd.²⁴⁵ Zoals een natuurkundige een onbewezen hypothese aanneemt om zijn theorie op te schragen, zo fabuleert Rousseau een situatie waarin een huidig probleem reeds in het verleden wordt opgelost. Het heden gaat hiermee aan zichzelf vooraf.

²⁴⁴ Rousseau JJ, *The Social Contract and The First and Second Discourses* (eerste druk 1762, S Dunn vertaling, Yale University Press 2002) 183.

²⁴⁵ B Honig, ‘Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory’ (2008) 27 *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 115-136, 120.

Rousseau erkent deze paradox alleen in het moment van stichting. Honig merkt echter terecht op dat dit probleem zich iedere dag opnieuw voordoet. Doordat er iedere dag nieuwe burgers worden geboren, burgers komen te overlijden en weer andere burgers migreren van en naar reeds gevestigde systemen, is de samenstelling van 'het volk' iedere dag anders. Dit wordt tevens versterkt doordat regels die in hybride rechtsruimtes worden gemaakt grote gevolgen kunnen hebben op andere plaatsen en in toekomstige tijden. Beleid dat op plaats A in tijd X wordt gevoerd, kan daardoor effect hebben op plaats B in tijd Z zonder dat het volk uit deze laatste plaats en tijd hierbij inspraak heeft gehad in de totstandkoming van dat beleid. Het volk dat inspraak kan hebben op de totstandkoming van wetten loopt daardoor asynchroon met het volk dat aan deze wetten onderworpen is. Dit heeft tot gevolg dat er altijd een incongruentie bestaat tussen het volk dat heeft kunnen bijdragen aan de gemaakte wetten, en het volk dat deze niet heeft kunnen vormgeven maar er desalniettemin aan is gebonden.²⁴⁶ Als een Schrödingers kat is het volk daardoor altijd zowel aanwezig als afwezig op het democratisch toneel. De wil van het volk kan nooit daadwerkelijk ieders belang behartigen en ook niet waarlijk door iedereen in gelijke mate worden gewild. En zelfs indien deze wil door iedereen zou worden uitgedragen, dan nog is er een dichotomie tussen de wet die door het volk wordt vormgegeven en de wet waaraan het volk zich als subject onderwerpt.²⁴⁷ Bij Rousseau is het volk nooit alleen de held van zijn eigen verhaal (de wetgever) maar ook altijd de protagonist in de verhalen van anderen (de onderdaan).

Hoewel deze paradox in zekere zin altijd heeft bestaan, maken huidige zaken aangaande milieuproblematiek dit expliciet. Traditioneel gezien bepaalden tijds- en landsgrenzen de afbakening van de politieke besluiten in een land. Staatsburgerschap gaf aan wie er een duurzamere relatie had met het grondgebied van een staat: de Nederlandse staat vertegenwoordigde daardoor de stemmen van de Nederlandse staatsburgers.²⁴⁸ Wanneer het gaat om klimaatverandering zijn zowel de oorzaken als gevolgen niet beperkt tot lands- of tijdsgrenzen. Er worden momenteel niet alleen wetten gemaakt waar toekomstige generaties aan zijn gebonden, het huidige beleid heeft ook daadwerkelijk desastreuze invloed op de wereld waarin deze generatie (die nu nog ongebooren is of nog geen stemrecht heeft) zal moeten leven. De klimaatcrisis legt het manco van de *volonté général* bloot doordat degenen die geraakt worden door deze besluiten veelal mensen zijn die er niet over mogen of kunnen meepraten. Dat de huidige generatie zich niet vertegenwoordigd voelt in het huidige beleid blijkt uit de massale 'schoolstakingen' en

²⁴⁶ B Honig, 'Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory' (2008) 27 *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 115-136, 120.

²⁴⁷ B Honig, 'Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory' (2008) 27 *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 115-136, 120.

²⁴⁸ LM Henderson, 'Rechter kan in klimaatdebat optreden als curator van toekomstige generatie' *NRC Opinie* (30 juni 2020).

online petitie. Geïnspireerd door de Zweedse Greta Thunberg, vinden jongeren elkaar wereldwijd in hun strijd om het huidige klimaatbeleid aan te kaarten en aan te scherpen.²⁴⁹ Begin mei 2020 hebben ook Nederlandse jongeren zich verenigd om het klimaatbeleid van verschillende landen, waaronder Nederland, voor het Internationaal Gerechtshof in Den Haag te brengen.²⁵⁰ Hiermee verzamelen ze zich onder de hashtag 'Our Future, Our Rights'. Deze hashtag draagt de politieke paradox van Rousseau duidelijk uit. Het huidige mondiale klimaatbeleid heeft onweerlegbare gevolgen voor de toekomst en de rechten van jongeren die nog geen stem hebben in het politieke debat. Doordat ze nog niet aan de wettelijk stemgerechtigde leeftijd voldoen of omdat ze simpelweg nog niet zijn geboren kunnen ze niet bijdragen aan de algemene wil.

Wanneer een rechter zich te veel met politieke besluitvorming bemoeit wordt dit gezien als antidemocratisch en wordt de rechter verweten dat hij 'op de stoel van de wetgever' is gaan zitten. Dit was ook een veelgehoorde kritiek bij de uitspraak van de rechtbank inzake de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en kinderen uit Syrië. Niet alleen vanuit de media en politiek kwam er kritiek na het vonnis van de rechtbank, De Hoge Raad stelde zichzelf reeds terughoudend op. Op verschillende punten verwees de Hoge Raad naar haar terughoudende functie ten opzichte van de politieke afwegingen die met deze zaak verbonden zijn. In rechtsoverweging 3.10.3 van de uitspraak staat: "Op het gebied van (nationale) veiligheid en van buitenlandbeleid komt de Staat een grote beleids- en beoordelingsruimte toe. Het beleid van de Staat op deze gebieden hangt in sterke mate af van politieke en andere beleidsmatige afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat het niet aan de rechter is om deze afwegingen te maken en dat hij zich bovendien terughoudend moet opstellen met betrekking tot de door de Staat gemaakte afwegingen."²⁵¹

Opvallend is dat in dit debat door tegenstanders van een mondige rechter vaak wordt teruggesproken naar de klassieke definitie van Montesquieu die de rechter portretteerde als willoze spreekbuis van de wet. Een rechter die het parlement terechtwijst wordt aldus gezien als antidemocratisch. Aan de andere kant staan zij die ter verdediging van de rechterlijke macht stellen dat rechters juist mondig moeten zijn om de democratische rechtsstaat te beschermen.²⁵² Volgens hen is het de democratische taak van de rechter

²⁴⁹ Zie bijvoorbeeld: Pacific Island Students Fighting Climate Change (PAC), the UN Youth Representatives on Sustainable Development (NL), Normandy Chair for Peace (Fr), and the I am Climate Justice movement.

²⁵⁰ #OurFutureOurRight, 'Samen naar de wereldrechter tegen klimaatverandering' <<https://www.change.org/p/ourfutureourright>> bezocht op 29 juli 2020.

²⁵¹ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148 3.10.3.

²⁵² LM Henderson, 'Rechter kan in klimaatdebat optreden als curator van toekomstige generatie' *NRC Opinie* (30 juni 2020).

om kwetsbare groepen te beschermen die door politieke beslissingen kunnen worden geraakt.²⁵³

3.3.1 Subconclusie

Rechterlijke geschillen met een hybride, dynamisch en transnationaal karakter vertroebelen de klassieke dimensie van politieke legitimiteit. Waar het vroeger duidelijk was dat wetten golden voor de huidige inwoners van een afgebakende natiestaat, is dat tegenwoordig niet meer vanzelfsprekend. Dit heeft ermee te maken dat (rechterlijke) beslissingen die op een bepaalde tijd en plaats worden genomen, ook de belangen raken van personen die nog niet geboren zijn of op andere plaatsen leven. Deze mensen hebben geen instemming kunnen geven voor de wet of het beleid, terwijl hun belangen er wel door worden geschaad.

3.4 De maatschappelijke dimensie in de 21^e eeuw

Volgens de klassieke dimensie van maatschappelijke legitimiteit ontleent de rechter haar gezag aan een haast mythische status waarbij ze letterlijk en figuurlijk boven de partijen verheven is. Traditioneel gezien zijn de rechter en de kerk lange tijd aan elkaar verbonden geweest zoals onder meer blijkt uit de inquisitiepraktijken en heksenprocessen. Vandaar dat de rechter nog veel van haar mystiek en rituelen heeft overgehouden. “Recht en ritueel zijn verwant” schreven de rechtssocioloog en rechtsantropoloog Wibo van Rossum en Marc Simon Thomas.²⁵⁴ De rechtszitting is een ritueel waarbij de rechters verkleed gaan in toga, een eigen taal spreken en belangrijke handelingen keer op keer worden herhaald.²⁵⁵ Dit haast sacrale imago van de rechter draagt bij aan haar ongenaakbare charisma. Dit maakt het gemakkelijker om een finale rechterlijke beslissing te accepteren en voorkomt oeverloze discussies. Echter, het is de vraag of een dergelijke vorm van gezag nog van deze tijd is. Van Rossum en Thomas merken op dat de huidige samenleving steeds minder opheeft met rituelen of heiligheid in relatie tot het recht en vooral effectief geholpen wil worden met haar juridische problemen.²⁵⁶ Dit heeft ook te maken met de “voortschrijdende democratisering”, stelt Gommers in zijn proefschrift *Onder de Rechter* uit 2008. “In het proces van voortschrijdende democratisering kan het individu meer en meer zelf zijn waarden en normen bepalen. We laten ons door niemand de wet

²⁵³ JH Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 74.

²⁵⁴ W van Rossum en MS Thomas, ‘De Paradox van Rechter en Ritueel’ in R Ortleip e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 179.

²⁵⁵ W van Rossum en MS Thomas, ‘De Paradox van Rechter en Ritueel’ in R Ortleip e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 179.

²⁵⁶ W van Rossum en MS Thomas, ‘De Paradox van Rechter en Ritueel’ in R Ortleip e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 179.

voorschrijven, maar schrijven die zelf.”²⁵⁷ Het afnemende belang van de religieuze orde heeft tot gevolg dat de individuele mens zelf vaker keuzes kan en mag maken.²⁵⁸ Dit vergroot de kans dat een burger het oordeel van de rechter naast zich neerlegt wanneer hij het er niet mee eens is. De democratiseringsgolf aan het begin van de vorige eeuw zorgde ervoor dat vrijwel iedere meerderjarige inwoner van Nederland zijn stem uit kon brengen.²⁵⁹ Dit opende het politieke speelveld voor een ongekeende veelheid aan meningen en opvattingen. Een democratie wordt gekenmerkt door het sluiten van compromissen, zeker een polderende democratie zoals we deze in Nederland kennen. Hierdoor kent onze democratie een grote mate van discussie en conflict waarbij niemand ooit het laatste woord heeft. De opkomst van het internet met haar onuitputtelijke bron aan meningen op fora, nieuwssites en Youtube-kanalen werkt hierbij als katalysator. De rechterlijke macht heeft zich niet kunnen onttrekken aan deze confrontatie.²⁶⁰ Toen er in de jaren zestig kritiek werd geuit op de homogene samenstelling van de rechterlijke macht, volgde een hervormingsproces waarbij er meer vrouwen toetraden en waarbij de politieke signatuur werd gespreid.²⁶¹ In zijn oratie beschrijft de strafrechtjurist Ybo Buruma hoe de burger vanaf de jaren zeventig zich steeds meer is gaan gedragen als “jurylid en aanklager: hij wantrouwt, roept ter verantwoording en wil kwesties onderzocht zien zodra er is afgeweken van een norm, in het bijzonder als daardoor slachtoffers lijken te zijn gevallen.”²⁶² Behalve dat het onkreukbare imago van de rechter vatbaar werd voor kritiek, heeft de toenemende democratisering ook voor andere barstjes gezorgd in het klassieke mythische gezag van de rechter. Terwijl mythisch gezag bestaat bij de gratie van geheimhouding, afstand en rituelen staan in een democratie juist openheid, gelijkheid en helderheid voorop.²⁶³ De afgelopen tijd is de vraag naar meer openheid en transparantie binnen de rechterlijke macht dan ook toegenomen.²⁶⁴ In 2011 begon de voormalig president van de Hoge Raad Geert Corstens zijn toespraak op de discussiebijeenkomst met als thema ‘Rechters bij de Tijd’ als volgt:

“Vertrouwen in de rechtspraak, zo langzamerhand is het een gevleugeld begrip geworden, in de media maar zeker ook binnen de rechterlijke macht. Een begrip waarbij altijd zorgelijk wordt gekeken. Bestaat er voor een rechter iets meer vreselijks dan de gedachte aan een afbrokkelend vertrouwen, het verdwijnen van de legitimiteit

²⁵⁷ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 90 naar een definitie van AM Hol, ‘De Rechterlijke Macht als Stoplap’ in S van der Schenk en W Oostenbrink (red), *Menage a Trois* (Wolf Legal Publishers 1999), 75.

²⁵⁸ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 90.

²⁵⁹ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 94.

²⁶⁰ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 96.

²⁶¹ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 96.

²⁶² Y Buruma, *Wat is een Goede Rechter? Een Mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)* (CPO Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs 2016) 44.

²⁶³ H Gommer, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 98.

²⁶⁴ Zie bijvoorbeeld D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 27 en Y Buruma, *Wat is een Goede Rechter? Een Mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)* (CPO Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs 2016), 44.

van zijn uitspraken en daarmee, deze idee in het extreme doorgevoerd, de ondergang van de rechtsstaat zoals we die kennen? Het is een absoluut schrikbeeld en dat is waarschijnlijk de reden dat menig congres, symposium en discussiebijeenkomst 'vertrouwen in de rechtspraak' als thema heeft."²⁶⁵

Volgens Corstens zijn er twee manieren om het vertrouwen in de rechterlijke macht te doen toenemen. Enerzijds kunnen rechters proberen om hun klassieke charisma te herwinnen door zich afstandelijker op te stellen, met boven de toga het liefst nog een pruik.²⁶⁶ Anderzijds kunnen rechters zich meer laagdrempelig opstellen, dit is de route die de rechters in Nederland lijken te zijn ingeslagen.²⁶⁷ Ook uit een rapport van de *Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid* (WRR) uit 2013 over transparantie binnen de rechterlijke macht, blijkt dat er de afgelopen jaren vooral is ingezet op het beter motiveren van vonnissen, een minder formele benadering in de rechtszaal en de informalisering van het juridisch jargon.²⁶⁸ In het voorwoord van het WRR-rapport vergelijkt de voorzitter van het WRR André Knottnerus de zwarte toga van de rechter met een "black box."²⁶⁹ In tegenstelling tot andere juridische professionals in de rechtszaal is de rechter vrijwel onzichtbaar in het publieke debat. Doordat deze houding volgens Knottnerus niet langer houdbaar is stijgt de roep om transparantie. De opmars van nieuwe technologieën heeft ervoor gezorgd dat grote hoeveelheden informatie kunnen worden opgeslagen, online ontsloten en in razendsnel tempo worden verspreid. Als voorbeeld kan hiervoor worden gedacht aan de miljoenen pagina's aan overheidsdocumentatie die WikiLeaks in 2015 online vrijgaf. Dit zorgde voor een gigantische toename van transparantie over het handelen van de overheid, maar de vraag is of dit ook zorgt voor meer vertrouwen. Er bestaat een spanning tussen toenemende transparantie enerzijds en de mogelijke erosie van het symbolische kapitaal anderzijds.²⁷⁰ Op het verrichten van wonderen kun je nauwelijks kritiek hebben, maar mensenwerk valt te recenseren. De vraag om meer democratisering, openheid en transparantie heeft de rechter langzaam ontdaan van haar mythische onschendbaarheid en dichterbij de partijen gebracht. Dit brengt de rechter dichterbij de mensen en kan hierdoor het vertrouwen in de rechterlijke macht sterken. Tegelijkertijd maakt deze laagdrempeligheid de rechter ook vatbaar voor kritiek. De verwachting is dat door meer transparantie mensen zelf kunnen vaststellen dat het rechterlijk instituut goed functioneert, hetgeen hun vertrouwen sterkt.²⁷¹ Maar wanneer de rechter 'ook maar een mens' blijkt te zijn en niet langer is gespeend van

²⁶⁵ GJM Corstens, 'Vertrouwen in de Rechtspraak' (2011) 10 Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht 365.

²⁶⁶ GJM Corstens, 'Vertrouwen in de Rechtspraak' (2011) 10 Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht 365.

²⁶⁷ GJM Corstens, 'Vertrouwen in de Rechtspraak' (2011) 10 Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht 365.

²⁶⁸ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 27.

²⁶⁹ A Knottnerus, 'Voorwoord' in D Broeders e.a. (red), *Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 13.

²⁷⁰ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 16.

²⁷¹ P Jonkers, 'Zet Transparantie Liever in voor Bekritiseerbaarheid dan voor Vertrouwen' in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 449.

goddelijk ingegeven charisma, wat maakt haar mening dan zwaarder dan die van anderen? De afgelopen jaren wordt er vaker en luider dan voorheen publiekelijk twijfel geuit over de rechtvaardigheid, juistheid en onpartijdigheid van rechterlijk optreden.²⁷² Symptomatisch hiervoor is de toenemende kritiek op de rechter vanuit de media en de politiek, de vergrote aandacht voor rechterlijke fouten en de toegenomen assertiviteit in de rechtszaal evenals een toename in het aantal wrakingsverzoeken.²⁷³ Eind 2019 was er in Nederland een drietal rechterlijke uitspraken die in de media en politiek met veel kritiek werden ontvangen. In dit rijtje staat naast de “stikstofuitspraak” van de Raad van State en de “Urgenda-uitspraak” bij de Hoge Raad, ook de uitspraak van de rechtbank aangaande de repatriëring van de vrouwen en kinderen uit Syrië. Alle drie de uitspraken zijn typerend voor het hybride rechtslandschap van de eenentwintigste eeuw. Zoals eerder al is aangegeven zijn complexe zaken zoals klimaatverandering, internationaal terrorisme en massamigratie geen puur nationale aangelegenheden maar staan zowel de oorzaken en gevolgen als de oplossingen in nauw verband met andere delen van de wereld. Daarmee bevinden rechtszaken over dit soort onderwerpen zich vaak op de dunne scheidslijn van politiek en recht. Het is dan ook geen wonder dat juist dit drietal zaken afgelopen jaar veel stof deed opwaaien in politiek Den Haag. Deze zaken waren de aanleiding dat er een onderzoek werd ingesteld naar de “sluipende machtsovername door de rechterlijke macht van de democratie.”²⁷⁴ Nederland zou zijn verworpen tot een dikastocratie of rechtersstaat, aldus Thierry Baudet, politiek leider van Forum voor Democratie en initiatiefnemer van het onderzoek. Baudet kreeg steun voor dit onderzoek naar deze ‘rechtersstaat’ van PVV, VVD, CDA, SGP, Denk en SP. VVD’er Tobias van Gent stelde voor om de Raad van State zelf hierover om advies te vragen, maar volgens Baudet heeft hij het niet goed begrepen: “De Raad van State is juist het probleem.”²⁷⁵ De spanningen tussen de politiek en de rechtspraak liepen begin dit jaar zo hoog op dat Henk Naves, voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak, in zijn nieuwjaarstoespraak de politiek opriep om te stoppen “met het verdacht maken van de rechter.”²⁷⁶ Naves beaamt dat het rechterlijk oordeel in uitspraken met grote maatschappelijke impact tegenwoordig onder een vergrootglas ligt. Het rechterlijk oordeel in zulke zaken zou

²⁷² M Bokhorst, ‘Overvragende wetgever zet gezagsuitoefening van rechter onder druk’ (2014) 35 *Recht der Werkelijkheid* 1, 8-22 9.

²⁷³ M Bokhorst, ‘Overvragende wetgever zet gezagsuitoefening van rechter onder druk’ (2014) 35 *Recht der Werkelijkheid* 1, 8-22 9

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld B Funnekotter, ‘Help, de Rechter Grijpt de macht’ *NRC* (20 december 2019) <<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/12/20/help-de-rechter-grijpt-de-macht-a3984581>> bezocht op 24 juli 2020.

²⁷⁵ U Jonker, ‘De democratie stuit niet op een ‘rechtersstaat’ maar op een falende wetgever’ *Financieel Dagblad* (16 november 2019) <<https://fd.nl/economie-politiek/1324585/de-democratie-stuit-niet-op-de-rechtersstaat-maar-op-een-falende-wetgever>> bezocht op 28 april 2020.

²⁷⁶ De Rechtspraak, ‘Stop met het Verdacht Maken van de Rechter’ (09 januari 2020) <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Stop-met-het-verdacht-maken-van-de-rechter.aspx>> bezocht op 24 juli 2020.

volgens Naves respect moeten oogsten in plaats van verdachtmakingen.²⁷⁷ De maatschappelijke dimensie van rechterlijke legitimiteit komt onder druk te staan wanneer de media en de politiek te veel kritiek uiten op rechterlijke oordelen. Juist doordat het vertrouwen in de rechtspraak alles te maken heeft met beeldvorming en met “de waan van de dag” kan deze felle kritiek funest zijn voor dit vertrouwen.²⁷⁸

3.4.1 Subconclusie

Waar de rechter vroeger haar vertrouwen verkreeg middels een mythisch, sacraal gezag is ze de afgelopen decennia steeds meer neergedaald vanuit haar verheven positie en zo dichterbij de rechtszoekende partijen komen te staan. Daarnaast heeft de voortschrijdende democratisering eraan bijgedragen dat de rechter steeds vaker mikpunt is van wantrouwen en kritiek van zowel de burger, als de media en de politiek. De afgelopen jaren heeft de rechtspraak vooral ingezet op het vergroten van de transparantie van de rechter, om zo het vertrouwen in de rechterlijke macht opnieuw te ijken. De zaak van de Nederlandse vrouwen en kinderen in Syrië is typerend voor het hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw en exemplarisch voor deze kritiek. De zaak werd breed uitgemeten in de media en politici grepen dit aan om een debat te starten over de invloed die rechters hebben op het politieke bewind in Nederland. Doordat het burgerlijk vertrouwen in de rechtspraak veelal wordt ingegeven door de media, kan het politieke wantrouwen een funeste uitwerking hebben op de maatschappelijke dimensie van legitimiteit.

3.5 Tussenconclusie: dilemma's in de dimensies

In het derde hoofdstuk werden de vier dimensies van rechterlijke legitimiteit gezien vanuit het hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw. Waar een rechtvaardige rechterlijke beslissing volgens de klassieke leer werd gemaakt op grond van coherente en voorzienbare wetten, wordt het hybride rechtslandschap juist gekenmerkt door een gebrek aan stabiliteit of coherentie. Het ontbreken van een coherent systeem van regels, wetten en precedents bemoeilijkt tevens de juridische dimensie van legitimiteit op nationaal, Europees en internationaal niveau. De klassieke politieke dimensie van legitimiteit wordt geproblematiseerd doordat iedere handeling en elk beleid dat we hier en nu maken een ontegenzeggelijke en onomkeerbare invloed heeft op andere landen en tijden. De algemene wil, die leidend is in deze dimensie schiet hierin tekort. Op eenzelfde

²⁷⁷ De Rechtspraak, 'Stop met het Verdacht Maken van de Rechter' (09 januari 2020)

<<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Stop-met-het-verdacht-maken-van-de-rechter.aspx>> bezocht op 24 juli 2020.

²⁷⁸ GJM Corstens, 'Vertrouwen in de Rechtspraak' (2011) 10 Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht 365, 365.

manier kunnen niet alle burgers democratische controle uitoefenen op de wetten waaraan zij onderworpen zijn, waardoor de maatschappelijke dimensie wordt uitgedaagd.

HOOFDSTUK IV

Onzekerheid als Uitgangspunt: Het Postmodernisme

In het eerste hoofdstuk heb ik een conceptueel kader geschetst om inzicht te geven in de verschillende componenten waaruit rechterlijke legitimiteit bestaat en hoe deze dimensies traditioneel gezien worden ingekleurd. Veel van deze legitimiteitstheorieën hebben hun wortels in de 18^e eeuw en zijn hiermee een product van Verlichtingsidealen. De Verlichting wordt gekenmerkt door een zoektocht naar de absolute waarheid; een morele maatstaf waaraan de samenleving als geheel en de rechter in het bijzonder haar keuzes kan afmeten. Deze morele maatstaf dient vervolgens als fundament voor de stabiliserende visie op het recht, die het recht typeert als een coherent geheel van wetten, rechtsregels en precedentes. Zolang juridische geschillen zich binnen de landsgrenzen afspelen en wetten duidelijk zijn, is de stabiliserende visie een werkbaar perspectief op de rechtspraak. Echter, in de 21^e eeuw hebben veel juridische geschillen een tijds- en grensoverschrijdend karakter. Zelfs louter interne aangelegenheden zijn vaak in meer of mindere mate verbonden met of hebben een invloed op andere delen van de wereld of andere generaties. Dit brengt onzekerheden met zich mee van ongekennde proportie en intensiteit. Onzekerheid ontregelt de wet en daarom heeft de westerse rechtstheorie een visie op het recht aangenomen die stabiliteit predikt en onzekerheid wegwuift. Maar anno 2020 lijkt deze visie niet langer houdbaar. Het rechtslandschap van de 21^e eeuw is hybride, transnationaal en dynamisch en brengt daarmee de veronderstelde orde op zowel nationaal, Europees als internationaal niveau in een wankelende positie. Wat dit hybride rechtslandschap laat zien, is dat er geen natuurlijke orde bestaat in de wereld. Dit aannemend, zijn er ten minste twee mogelijkheden om hiermee om te gaan. Enerzijds kunnen we proberen koste wat kost orde aan te brengen in de chaotische wereld. Deze drang tot orde is de mens eigen. Ik twijfel er niet aan dat een alomvattend hiërarchisch systeem voor het beantwoorden van transnationale juridische vragen zou bijdragen aan een meer ordelijk en coherent rechtssysteem. Ik heb er echter wel grote twijfels bij dat dit project ooit zal slagen. Zo lang als het internationaal recht bestaat zijn we er in ieder geval nog niet in geslaagd.²⁷⁹ Met de enorme toename van onderlinge verbondenheid acht ik de kans op succes daarom klein. Een andere mogelijkheid is om deze wanordelijke staat te accepteren en lering te trekken uit filosofisch gedachtegoed dat uitgaat van de

²⁷⁹ M Koskeniemi en P Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 Leiden Journal of International Law 553, 577 en JI Charney, 'The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea' (1996) 90 American Journal of International Law 74.

fictie van natuurlijke orde en wereldse onzekerheden: de postmoderne filosofie. In dit hoofdstuk zal ik mijn perspectief op de postmoderne filosofie uiteenzetten, als zijnde een stroming die niet vervalt tot nihilisme maar oproept tot ethisch handelen en uitermate bruikbaar is in het hybride, dynamische en transnationale rechtslandschap van de 21^e eeuw. In hoofdstuk 5 zullen de conclusies uit dit hoofdstuk worden ingezet om een viertal competenties op te stellen die de legitimiteit van de rechterlijke macht in dit landschap kunnen verstevigen.

4.1 Wat is postmodernisme en is het nog van deze tijd?

4.1.1 Ironie in het postmodernisme

In hoofdstuk 1.5 heb ik het al even gehad over het postmodernisme toen ik stilstond bij de filosofie van Friedrich Nietzsche. Hoewel het vervolgens nog bijna tachtig jaar duurde voordat Lyotard de term inbracht in het filosofische discours, kunnen deze ‘hamerslagen’ van Nietzsche worden gezien als een opmars van de postmoderne filosofie.²⁸⁰

Er zijn veel verschillende manieren om postmoderne filosofie te beschrijven. In grote lijnen kan worden gezegd dat postmoderne filosofen zich ironisch en sceptisch opstellen ten opzichte van ideologische dogma's, grote allesomvattende theorieën en morele waarheden. De Amerikaanse filosoof Richard Rorty (1931-2007) geeft een mooie beschrijving wanneer hij zichzelf en andere postmoderne denkers in *Contingency, Irony and Solidarity* (1989) beschrijft als ‘liberal ironist’; een liberale ironicus.²⁸¹ Met het voorvoegsel ‘liberaal’ duidt Rorty iemand aan die erin gelooft dat wreedheid het ergste is dat we kunnen doen.²⁸² Het begrip ‘ironicus’ is een stuk gecompliceerder. Elke uitspraak, overtuiging of idee is volgens Rorty een ‘talige’ uitspraak binnen een persoonlijk vocabulaire. Volgens Rorty is het denken volledig ‘contingent’. Contingentie betekent hier dat ons wereldbeeld is ingegeven op grond van causaliteit (oorzaak en gevolg) en dus eigenlijk toevalligerwijs is geworden zoals het nu is.²⁸³ Ironici zijn mensen die deze contingentie erkennen en inzien dat hun eigen overtuigingen en verlangens contextafhankelijk zijn en niet terugverwijzen naar iets dat buiten het bereik van tijd, plaats en verandering ligt.²⁸⁴ Hij beschrijft deze overtuigingen en verlangens als iemands ‘begrensde vocabulaire’ (final vocabulary). Zo kunnen de woorden ‘kerk’, ‘revolutie’ of ‘gelijkheid’ voor verschillende (groepen) mensen verschillende betekenissen hebben. Dit

²⁸⁰ JF Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (eerste druk 1979, G Bennington and B Massumi vertaling, University of Minnesota Press 1984).

²⁸¹ R Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity* (eerste druk 1989, Cambridge University Press 1995) Introduction xv.

²⁸² R Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity* (eerste druk 1989, Cambridge University Press 1995) Introduction xv.

²⁸³ J Keij, *Zekerheid over Onzekerheid* (Elsevier 1998) 94.

²⁸⁴ R Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity* (eerste druk 1989, Cambridge University Press 1995) Introduction.

vocabulaire is begrensd, doordat elke vorm van twijfel over dit vocabulaire niet van buiten kan worden gezien, omdat het niet mogelijk is om buiten dit vocabulaire te treden of te denken. Een ironicus is vervolgens iemand die beseft dat zijn eigen vocabulaire niet dichterbij 'de waarheid' staat dan dat van anderen. Tegelijkertijd is hij zich volledig bewust van zijn onvermogen om buiten dit vocabulaire te treden en kan hij zichzelf daarom nooit volledig serieus nemen, vandaar de ironie.²⁸⁵ Zijn meest persoonlijke denkbeelden zijn slechts subjectief en wanneer hij op een andere tijd, in een ander cultuur of op een andere plaats was geboren, zou dit tot een totaal ander wereldbeeld hebben geleid.

De Britse politieke filosoof Michael Oakeshott (1901-1990) sluit mooi bij Rorty's standpunt aan. In *On Human Conduct* (1975) maakt hij een onderscheid tussen verhalen die openen met "In het begin" (in the beginning) en "Er was eens" (Once upon a time).²⁸⁶ De eerste veronderstelt een lineaire weergave van de geschiedenis met een begin en een eindpunt terwijl de tweede opening verschillende perioden en plaatsen erkent. Deze laatste lezing nodigt de lezer uit om deze alternatieve wereld binnen te stappen. Hiermee erken je dat er meerdere perioden, plaatsen en opvattingen bestaan zonder dat de ene meer waard is dan de andere. Grote ideologische verhalen zijn vaak 'In het begin-verhalen'. Zij vertellen geen verhaal maar construeren een mythe waarover niet te onderhandelen valt. 'Er was eens-verhalen' hebben daarentegen geen onvoorwaardelijke conclusie. Hun einde is het begin van een ander verhaal.²⁸⁷

Het begrensde vocabulaire van Rorty en de 'Er was eens-verhalen' van Oakeshott stellen het postmodernisme voor als een ironische attitude tegenover moralistische theorieën. Deze ironie komt tot uitdrukking in het inzicht dat de persoonlijke opvattingen van een ironicus niet de enige en niet de juiste opvattingen hoeven zijn. Er bestaan meerdere verhalen, meerdere vocabulaires tegelijkertijd en naast elkaar. Het is daarom niet verstandig om overhaast kleur te bekennen of om standvastig één positie in te nemen. Tegelijkertijd is het onmogelijk deze opvattingen te overzien van buitenaf, omdat we simpelweg niet *kunnen* denken buiten dit begrensde vocabulaire. Deze vorm van postmoderne filosofie predikt het om open te blijven staan voor andere opvattingen en meningen en je te durven overgeven aan het onzekere niet-weten.

4.1.2 Postmoderne misverstanden

Ondanks de vrij laagdrempelige opvatting van postmoderne filosofie die ik hierboven heb geschetst aan de hand van Richard Rorty, wordt de postmoderne filosofie nog veel te

²⁸⁵ R Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity* (eerste druk 1989, Cambridge University Press 1995) 73.

²⁸⁶ M Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford University Press 1975) 105.

²⁸⁷ M Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford University Press 1975) 105.

vaak verkeerd begrepen. Tegenstanders interpreteren het postmodernisme als een carte blanche om eigen regels te verzinnen en belichamen daarmee het standpunt van Ivan Karamazov in Dostojevski's beroemde roman wanneer deze stelt: "Als God dood is, is alles geoorloofd".²⁸⁸ Hoewel postmoderne filosofen zich afzetten tegen normatieve morele dogma's die altijd en overal een juist antwoord kunnen uitwijzen, ontbreekt het in de postmoderne filosofie niet noodzakelijkerwijs aan een ethisch fundament. In plaats van een normatieve, allesomvattende waarheid, stellen postmoderne filosofen dat iets alleen rechtvaardig of onrechtvaardig kan zijn binnen een bepaalde context. Met andere woorden, postmoderne denkers begrijpen alle wetten, instellingen of economieën niet als 'door God gegeven', maar 'door mensenhanden gemaakt'. Dit maakt deze wetten en theorieën vatbaar voor alteraties wanneer een specifieke situatie dit vereist. Wettelijke, morele of sociale normen moeten altijd worden beschouwd als een levend en veranderlijk iets; altijd afhankelijk van hun toepasbaarheid op een specifieke situatie en nooit als rigide en vaststaand.

Jacques Derrida draait dit idee van 'alles is geoorloofd' om. Derrida was een Frans-Algerijnse filosoof die, in lijn met Nietzsche en andere postmoderne denkers, geloofde in de onbereikbaarheid van een kenbare waarheid. Een sleutelbegrip in Derrida's werk is 'deconstructie'. Deconstructie is een proces, waarbij alle menselijke interpretaties van hun tekstuele, politieke of institutionele constructie worden uitgekleed om aan te duiden dat deze constructen door mensen zijn gemaakt en dus niet 'absoluut' zijn.²⁸⁹ Als heel kritisch wordt gekeken naar de constructen waarin we geloven en waarmee we ons omringen, naar de juridische, economische en sociale regels, die we als vanzelfsprekend naleven, dan zullen we volgens Derrida ontdekken dat dit allemaal 'constructen zijn'; ze zijn door mensen gemaakt en niet door iets goddelijks of alwetends ingegeven. Het feit dat we ons bewust zijn van deze constructies maakt ze overigens niet nutteloos. Echter, het maakt het wel mogelijk om ze te ontmaskeren en daardoor te veranderen. Volgens Derrida mag deconstructie nooit vervallen in relativisme of indeterminisme.²⁹⁰ Het proces van deconstructie bestaat uit een tweeledige trap. Het breekt de oude structuren af door ze te ontmaskeren als 'door de mens gemaakt' (*de-constructie*) en het creëert ruimte om op deze ruïnes nieuwe opvattingen te bouwen (*de-constructie*). Deconstructie is dus meer dan een negatieve daad van afbraak. Derrida stelt dat juist het ontbreken van een normatieve, alles verklarende grondslag oproept tot verantwoordelijkheid. Doordat er



²⁸⁸ F Dostojevski, *De Broers Karamazov* (eerste druk 1880 A Langeveld vertaling, Van Oorschot 2011), deel 4, boek 11, hoofdstuk 4.

²⁸⁹ L Lawlor, 'Jacques Derrida' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/derrida/>> bezocht op 21 juli 2020.

²⁹⁰ J Derrida, *Limited Inc* (eerste druk 1972, S Weber vertaling, Northwestern University Press 1988), 148.

geen manier is om de rechtvaardigheid van een beslissing of de legitimiteit van een rechterlijke instantie te garanderen, roept deconstructie juist op tot 're-politisering' of 'hyper-politisering'²⁹¹ Volgens Derrida laat deconstructie zien dat rechterlijke instanties, politieke instituten en rechtsregels een stabiliserende werking hebben, zoals steigers rondom een instabiel gebouw. Deze constructen of steigers, stabiliseren iets wat van nature instabiel en chaotisch is. Het wordt noodzakelijk om ze te stabiliseren juist omdat stabiliteit niet natuurlijk is; omdat er chaos is, is er behoefte aan stabiliteit.²⁹² In zijn eigen woorden: "If there were continual stability, there would be no need for politics, and it is to the extent that stability is not natural, essential or substantial, that politics exists and ethics is possible."²⁹³ Politieke, economische, sociale en juridische instanties stabiliseren iets wat van nature instabiel is. Wellicht onbedoeld wordt dit proces treffend geïllustreerd door de *Exploding Chair* (2016) van de Amerikaanse kunstenaar Joyce Lin. De houten fundamenteën van de stoel zitten los, zijn instabiel en kunnen bewegen wanneer de stoel verschuift. Zij worden bij elkaar gehouden door een omhulsel van helder acryl dat het mogelijk maakt om de losse onderdelen toch te gebruiken als stevige stoel. De losse compartimenten en het robuuste omhulsel creëren zo een toestand van continue verbinding en ontkoppeling; van stabiliteit en onregeling; van onzekerheid en bestendigheid.

4.2 Metamodernisme: postmodernisme 2.0?

De postmoderne filosofie heeft heden ten dage geen stralend imago. Volgens veel modernisten leidt het postmodernisme onherroepelijk tot nihilisme. Volgens hen kan het postmodernisme in de kunst of literatuur misschien nog iets toevoegen, maar is het begrip in de filosofische wereld passé. Ik heb dit zelf ondervonden toen ik een deel van dit onderzoek presenteerde op een seminar en later een tekst inleverde ter revisie. Wanneer hedendaagse filosofen het woord 'postmodern' horen schieten de hakken in het zand. Hoewel ik het niet eens ben met de gestelde kritiek wil ik voorkomen dat ik mijn lezers tegen mij in het harnas jaag. Daarom heb ik gezocht naar een nieuwe term die de postmoderne filosofie als een opbouwende stroming ziet in plaats van een afbrekende: het *metamodernisme*. Wederom komt deze stroming allereerst voort uit de kunst- en cultuurwetenschappen alvorens ze nu langzaam haar intrede doet in het filosofisch discours. Het *metamodernisme* werd in 2010 geïntroduceerd door de Nederlandse

²⁹¹ E J Popke, 'Poststructuralist Ethics: Subjectivity, Responsibility and the Space of Community' (2003) 27 *Progress in Human Geography* 3 298, 307 and J Derrida, 'Remarks on Deconstruction and Pragmatism' in S Critchly, J Derrida, E Laclau and R Rorty *Deconstruction and Pragmatism* (first published 1996, Routledge 2005), 87.

²⁹² J Derrida, 'Remarks on Deconstruction and Pragmatism' in S Critchly, J Derrida, E Laclau and R Rorty *Deconstruction and Pragmatism* (first published 1996, Routledge 2005) 86.

²⁹³ J Derrida, 'Remarks on Deconstruction and Pragmatism' in S Critchly, J Derrida, E Laclau and R Rorty *Deconstruction and Pragmatism* (first published 1996, Routledge 2005) 86.

cultuurtheoreticus Robin van den Akker en cultuurfilosoof Timotheus Vermeulen.²⁹⁴ Het metamodernisme bouwt voort op het postmoderne uitblijven van een waarheid, maar vervangt de postmoderne ironie door oprechtheid. ‘Meta’ verwijst in eerste instantie naar het Griekse voorvoegsel *na*. Deze ontwikkeling komt immers *na* het postmodernisme, dat op zijn beurt het modernisme opvolgde. Een tweede oorsprong van het gebruik van het woord ‘meta’ is Plato’s *Symposion* waar het wordt gebruikt om de ontologische gespletenheid van halfgoden uit te drukken. Zo is Eros zowel goddelijk als menselijk, beide tegelijkertijd en daardoor ook geen van beide. Als gevolg hiervan slingert hij heen en weer tussen twee werelden. Deze slingerbeweging staat symbool voor hoe kunstenaars en activisten zich vandaag de dag heen en weer bewegen tussen moderne oprechtheid en postmoderne ironie.

Zij beschrijven ironie als karakteriserend voor het postmodernisme en leggen uit dat deze ironie tegenwoordig misplaatst is. In de jaren ’90, na de val van de Berlijnse Muur, heerste onder politici en filosofen het idee dat de laatste fundamentele ideologische meningsverschillen waren uitgevochten. De Tweede Wereldoorlog was gewonnen, het fascisme en communisme waren verslagen en langzaam maar zeker zal de hele wereld toe bewegen naar een liberale democratie. Francis Fukuyama profeteerde het einde van de



geschiedenis en politici als Bill Clinton en Tony Blair voorspelden eeuwige vrede en voorspoed.²⁹⁵ Binnen deze tijdsgeest functioneerde ironie als nodige tegenhanger van dit zelfingenomen vertrouwen op voorspoed. Van den Akker en Vermeulen halen voorbeelden uit de kunst en literatuur aan die het ogenschijnlijke succes van de liberale democratie ter discussie stellen. Maar de tijden zijn veranderd. We geloven al lang niet meer in het einde van geweld en dat een Utopia binnen handbereik ligt. De toenemende welvaart lijkt op zijn retour, we worden ons pijnlijk bewust van de impact die onze leefwijze heeft op de aarde en de kloof tussen rijk en arm groeit. En hierdoor wordt ook de noodzaak van de ironie ondermijnd. “Als de economie draait is het slim en subversief om, zoals Damien Hirst deed, een schedel uit diamant te slaan om aan te tonen dat alles, zelfs de dood, tot consumptieobject kan worden. Maar op het moment dat er overal om

²⁹⁴ Hoewel de term voor die tijd al incidenteel voorkwam, maakte van den Akker en Vermeulen de term *metamodernisme* wereldkenbaar in hun artikel ‘Notes on Metamodernism’ (2010) 2 *Journal of Aesthetics & Culture* 1, 5677.

²⁹⁵ R van den Akker en T Vermeulen, ‘Het Nieuwe Tijdperk: Metamodernisme: Een Verlangen naar Oprechtheid’ (2013) 36 *De Groene Amsterdammer* <<https://www.groene.nl/artikel/een-verlangen-naar-oprechtheid>> geraadpleegd op 2 juli 2020.

ons heen ontslagen vallen en mensen de restjes bijeen moeten sprokkelen is het niet langer grappig. Het is decadent.”²⁹⁶

In het licht van de huidige politieke en economische situatie is het weinig verrassend dat schrijvers, kunstenaars en muzikanten hun ironische kwinkslagen inruilen voor een meer oprechte benadering. Het sluit beter aan bij de tijdsgeest. Toen ik in 2004 naar de middelbare school ging, was het cool om zo min mogelijk onder de indruk te zijn van en affiniteit te hebben met de wereld om ons heen. De huidige generatie middelbare scholieren gaat juist weer de straten op voor alles wat wij voor lief namen. De klimaatstakingen zijn hier een treffend voorbeeld van. Zij pretenderen overigens niet dat zij het antwoord in pacht hebben. Iedereen weet dat de wereld moet veranderen maar niemand weet precies hoe. Illustratief hiervoor is een protest dat bij de Occupy-beweging van 2011 omhoog werd gehouden met de tekst: “Ik ben hypocriet maar ik blijf het proberen.” Metamodernisme sluit aan bij deze realiteit. Het neemt een aantal aspecten mee uit het postmodernisme. Metamodernisten zijn zich ervan bewust dat het innemen van één positie problematisch is en daarom wordt er niet blind gevaren op ideologische dogma’s.²⁹⁷ Ook in de huidige Black Lives Matter en Zwarte Piet discussies wordt dit duidelijk. De boodschap die hier wordt uitgedragen is dat het niet erg is als je een paar jaar geleden nog standvastig vasthield aan de ‘traditionele’ kleur van de knecht van Sinterklaas of dat het institutioneel racisme je niet eerder was opgevallen. Het veranderen van je mening wordt niet gezien als zwaktebod maar als een bewonderingswaardige omslag waar lef voor nodig is. Door het los durven laten van bepaalde idealen stort je je in het onbekende. Ook hier is onzekerheid het sleutelwoord.

En juist deze onzekerheid en de openheid om van mening, van opvatting of zelfs van ideologie te veranderen, daar draait zowel het postmodernisme als het metamodernisme om. Ik hoop dat de opkomst van het metamodernisme de angel uit de negatieve connotatie van het postmodernisme kan halen. Want zonder bezoedeld te worden door de scepsis en de ironie blijft er een belangrijke pilaar overeind in het post- en metamodernisme: de acceptatie en zelfs de waardering van onzekerheid.

²⁹⁶ R van den Akker en T Vermeulen, ‘Het Nieuwe Tijdperk: Metamodernisme: Een Verlangen naar Oprechtheid’ (2013) 36 De Groene Amsterdammer <<https://www.groene.nl/artikel/een-verlangen-naar-oprechtheid>> geraadpleegd op 2 juli 2020.

²⁹⁷ R van den Akker en T Vermeulen, ‘Het Nieuwe Tijdperk: Metamodernisme: Een Verlangen naar Oprechtheid’ (2013) 36 De Groene Amsterdammer <<https://www.groene.nl/artikel/een-verlangen-naar-oprechtheid>> geraadpleegd op 2 juli 2020.

4.3 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik geprobeerd om te definiëren wat ik onder hedendaags postmodernisme versta. Ondanks de kritiek die deze filosofische stroming nog altijd oproept, denk ik dat het postmodernisme een bruikbaar perspectief biedt om het rechtslandschap van de 21^e-eeuw beter te begrijpen. Onder postmodernisme versta ik niet de ironie die alles tenietdoet en flirt met het met nihilisme, maar de omarming van onzekerheden. Het inzicht dat onze statelijke instituties, waaronder de rechtbank, door mensenhanden zijn gemaakt en niet door God zijn ingegeven. Dit leidt er mijns inziens niet toe dat “alles geoorloofd is”, maar veeleer dat alles contingent is, berust op toevalligheden en daarmee ook openstaat voor veranderingen wanneer de situatie daarom vraagt. In lijn met het metamodernisme laten we de ironie die kan leiden tot destructie varen, maar gaan we in zee met de ironie van Rorty. Deze ironie laat ons inzien dat ons levensverhaal zich slechts door toevalligheden heeft ontpopt tot hetgeen we hier en nu zijn. Hierdoor kunnen verschillende perioden, plaatsen en vocabulaires worden erkend in plaats van één lineaire geschiedenis die doelbewust op haar doel afstevent. Dit inzicht leidt ertoe dat we open kunnen staan voor andere levensverhalen. Ook als dat onze eigen, veronderstelde positie laat wankelen. Dit is de definitie van postmoderne filosofie die ik in de volgende hoofdstukken zal hanteren en toepassen op de rol van de rechter anno 2020.

HOOFDSTUK V

De Postmoderne Rechter

In het laatste deel van deze thesis stel ik voor hoe de postmoderne rechter eruit zou kunnen zien en hoe ze zich kan wapenen tegen de onzekerheden van de 21^e eeuw. Bij de vier dimensies van legitimiteit heb ik vier competenties opgesteld die geschikt zijn om weerstand te bieden aan de onzekerheden die een hybride, dynamisch en transnationaal rechtslandschap met zich meebrengt. De ethische, juridische, politieke en maatschappelijke dimensies van legitimiteit kunnen volgens mij worden versterkt door respectievelijk de volgende competenties: reflectie, onzekerheid, verbeeldingskracht en feilbaarheid. Deze competenties zijn postmodern omdat ze ervanuit gaan dat onzekerheid iets menselijks en onontkoombaars is, in plaats van iets kwalijks wat krampachtig bestreden dient te worden. Het heeft geen zin om te ontkennen dat rechterlijk werk, ook en allereerst mensenwerk is. Daarom kunnen we ons maar beter wat meer verdiepen in de mens die in de toga schuilgaat.

5.1 De reflectieve rechter

Volgens een klassieke opvatting van de ethische legitimiteitsdimensie, is een rechterlijk vonnis legitiem wanneer dit rechtvaardig is. Deze manier van denken ziet het recht als een stabiele eenheid die altijd en overal een juist antwoord zal uitwijzen. Eventuele negatieve (neven)effecten die door een wet kunnen worden gerechtvaardigd, ontslaan de rechter zowel van haar juridische verantwoordelijkheid als van haar ethische verantwoordelijkheid jegens de verliezende partij.²⁹⁸ Er is zeggend geen ethische schade geleden wanneer negatieve effecten kunnen worden gerechtvaardigd door een wet. Niet de rechter, maar de wet is primair verantwoordelijk voor de consequenties van een vonnis. Dit is de lijn die wordt gevolgd in de klassieke opvatting over rechterlijke rechtvaardigheid. Deze stabiele eenheid veronderstelt een lineair verloop vanaf dat de casus zich bij de rechtbank aandient, tot aan het finale vonnis.

Anno 2020 blijkt het lastig om aan deze stabiele orde te blijven vasthouden, doordat een hybride rechtslandschap zich juist laat kenmerken door een gebrek aan deze veronderstelde orde. Postmoderne filosofie ziet het ontbreken van een orde en het

²⁹⁸ LE Wolcher, *Law's Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering* (Ashgate 2008).

verkeren in onzekerheid niet als een gevaar dat moet worden bestreden, maar juist als een belangrijk uitgangspunt. De Franse filosoof en postmodernist Emmanuel Levinas ziet juist het bestaan van deze onzekerheid als een mogelijkheid tot ethisch handelen. Om een ethische beslissing te nemen volgens Levinas, moet niet het ik centraal staan, maar de ander. Waar veel verlichtingsdenkers uitgaan van het ik (denk hierbij aan Descartes *cogito ergo sum*) stelt Levinas de ander centraal in zijn opvatting van ethiek.²⁹⁹ Deze oriëntatie jegens de ander maakt de rechter ethisch verantwoordelijk voor het beroep dat de ander op haar doet.

5.1.1 Ethiek en de ander

Ethiek begint volgens Levinas in het aangezicht van de ander. Zodra deze ander aan je verschijnt, ontstaat er een ethische verantwoordelijkheid jegens deze persoon. De ander hoeft niet actief iets van je te vragen, vaak doet de simpele aanwezigheid van de ander al een ethisch appèl op je. Ter illustratie nodig ik de lezer uit om zich de volgende, alledaagse situatie voor te stellen. Je staat in de woonkamer en er ligt nog één mandarijn in de fruitschaal op tafel. Als je alleen bent, kun je deze mandarijn opeten zonder hiervoor verantwoording af te leggen aan iemand anders. Stel je nu voor dat je de mandarijn net aan het pellen bent wanneer je partner de woonkamer binnenloopt. Ongeacht of je partner iets vraagt, word je voor een klein ethisch dilemma gesteld. Eet je de mandarijn alsnog alleen op? Of vraag je of je partner misschien ook zin heeft in die mandarijn met het risico de helft van je mandarijn te verliezen? Hoewel je partner niets hoeft te vragen, maakt de simpele aanwezigheid van een ander de situatie zo dat er een ethische keuze ontstaat. Dit gesimplificeerde voorbeeld laat zien wat het betekent als iemand een appèl op je doet. Vaak dringt dit appèl zich onverwachts en veelal ook ongewenst aan je op.³⁰⁰ Echter, doordat het appèl op jou is gericht is het onmogelijk om er geen gehoor aan te geven.³⁰¹ Bovendien is de relatie tussen jou en de ander asymmetrisch in de zin dat je verantwoordelijk bent voor de ander zonder dat je hiervoor iets terugverlangt.³⁰² Belangrijk is ook om te vermelden dat deze ander niet beperkt is tot één ander individu. In het aanzicht van de ander moet je tegelijkertijd ook alle andere anderen kunnen ontwaren. Iedere hulp die je aan één ander verleent, kun je automatisch niet ook aan andere anderen verlenen. Vandaar dat Levinas stelt dat alles wat zich afspeelt tussen mij en de ander, zich tegelijkertijd afspeelt in het volle aanzien van de publieke ruimte: “Tout

²⁹⁹ J Keij, *Zekerheid over Onzekerheid* (Elsevier 1998) 92.

³⁰⁰ E Levinas, *Totality and Infinity* (eerste druk 1961, A. Lingis vertaling, Martinus Nijhoff 1969) 200.

³⁰¹ E Levinas, *Ethics and Infinity. Conversations with Phillippe Nemo* (eerste druk 1982, RA Cohen vertaling, Duquesne University press 1985) 97.

³⁰² E Levinas, *Ethics and Infinity. Conversations with Phillippe Nemo* (eerste druk 1982, RA Cohen vertaling, Duquesne University press 1985) 98.

ce qui se passe ici entre nous, regarde tout le monde.³⁰³ In je handelen naar de ander, ben je automatisch en tegelijkertijd verantwoordelijk voor alle andere anderen.

In de rechtszaal is dit appèl juist uitermate zichtbaar. Mensen komen naar de rechter toe omdat ze een beroep willen doen op het recht. Dit rechterlijk appèl is prachtig verwoord door Benjamin Ferencz, openbaar aanklager van het Einsatzgruppen-proces in Neurenberg. Ferencz begint de opening van het proces, waar de paramilitaire doodseskaders terechtstonden voor het doden van duizenden Joden tijdens de Tweede Wereldoorlog, met de woorden: “The case we present is a plea of humanity to the law.”³⁰⁴ Ferencz zegt uit naam van de mensheid een appèl te doen op het recht. Een rechtszaak is in eerste instantie een appèl op het recht dat richting de rechter wordt uitgesproken. De rechter mag daarom niet weigeren om een rechterlijke beslissing te nemen.³⁰⁵ Naast het gegeven dat de rechter op juridische gronden niet mag weigeren om aan het appèl van de rechtszoekende te beantwoorden, mag ze dat volgens Levinas ook niet op ethische gronden.

5.1.2 Ethiek en Moraliteit

Om uit te leggen hoe dit appèl de rechter opdraagt om ethisch te handelen, wil ik graag verwijzen naar het onderscheid dat Levinas maakt tussen ethiek en moraliteit. Tot nu toe is in deze thesis steeds verwezen naar ethiek, en niet zonder reden. Hoewel deze moraal en ethiek door elkaar worden gebruikt, is het behulpzaam om de twee begrippen te ontwarren teneinde te verduidelijken hoe de postmoderne filosofie de eerste afwijst en daarmee een mandaat oplegt tot ethisch handelen. Levinas ziet moraliteit en ethiek als twee zeer verschillende begrippen. Met moraliteit bedoelt Levinas een reeks regels die betrekking hebben op sociaal gedrag en burgerplichten.³⁰⁶ Moraliteit opereert in de sociaal-politieke orde en is subjectief aan de mores en gewoonten van een bepaalde tijd, plaats, cultuur of familie. Mensen hebben echter de neiging om moraliteit te verwarren met een fundamentele waarheid die altijd en overal waar is. Dit rigide karakter van een fundamentele waarheid is gevaarlijk. Wanneer de realiteit niet langer overeenkomt met deze fundamentele waarheid, en de waarheid is fundamenteel, dan moet de realiteit worden aangepast. Dit is waar een strak moreel keurslijf kan omslaan in totalitaire en fundamentalistische ideeën.

³⁰³ E Levinas, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité* (Kluwer Academic 1971) 234.

³⁰⁴ B Avrich, 'Prosecuting Evil' *Documentaire* (2018).

³⁰⁵ Artikel 26 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en Artikel 13 Wet Algemene Bepalingen.

³⁰⁶ RA Cohen, *Face to Face with Levinas* (State University of New York Press 1986), 29.

Volgens Levinas is moraliteit uiteindelijk gebaseerd op ethiek.³⁰⁷ In de definitie van Levinas is ethiek een 'leeg' begrip; het bestaat zonder beschrijving en zonder concept. Derrida omschrijft Levinas' kijk op ethiek als een "nonviolent purity only before being determined as concept of law."³⁰⁸ Ethiek is daarmee een niet-gewelddadige zuiverheid, maar alleen vóórdat het als rechtsregel wordt neergelegd. Dit is vergelijkbaar met het onderscheid dat Derrida maakt tussen wetten en rechtvaardigheid in *The Force of Law*.³⁰⁹ Ethiek is net zoals rechtvaardigheid afhankelijk van een specifieke situatie. Wetten hebben betrekking op de moraal en herbergen het risico om te vervallen in fixatie en rigiditeit. Daarom is ethiek volgens Levinas het ijkpunt waaraan de mores van een bepaalde tijd kunnen worden afgemeten, en niet andersom. Slechts voor zolang ethiek niet wordt gevangen in het keurslijf van een wet of regel kan het daadwerkelijk ethisch zijn. De definitie van 'wat ethisch is' kan nooit worden gegeven. Zodra dit wordt ingekleurd en wordt vastgelegd in een norm of wet, vervalt het in moralisme.

Het is daarom van belang dat de definitieve vorm van ethiek onbepaald blijft, waardoor de ethiek of flexibele wijze kan worden ingevuld naargelang een specifieke casus dat vereist. Een algemeenheid, een formule of een calculus kan niet leiden tot ethiek. Ethiek kan alleen bestaan binnen een bepaalde tijd en plaats. Daarom kan een theorie of een wet, nooit het absolute uitgangspunt zijn. Op deze manier is het postmoderne gedachtegoed geen carte blanche, maar veeleer een mandaat tot ethisch handelen en in dit geval, tot ethisch rechtspreken.

5.1.3 De postmoderne ethische cirkel

Terwijl moraliteit altijd en overal een antwoord uitwijst, is ethiek altijd afhankelijk van een gegeven context. Met andere woorden, een handeling of beslissing kan nooit ethisch zijn in zichzelf, maar kan alleen ethisch zijn in relatie tot de specifieke omstandigheden van het geval. Dit leidt ertoe dat per situatie moet worden bekeken of een bepaalde wettelijke of morele norm ethisch uitpakt of niet. Wanneer dit niet het geval is, moet worden gekeken of dit wel de juiste wet of norm is voor deze situatie. Dit leidt ertoe dat rechtspreken altijd een circulair proces is. Hiervoor hebben we het rechterlijk proces steeds lineair gevisualiseerd; beginnend bij de casus en eindigend bij het finale vonnis. Rechtspreken volgens postmodern gedachtegoed is een reflectief en circulair proces.

Dit cirkelvormige proces bestaat uit het vaststellen van een juridische of morele norm - die niet absoluut is maar altijd onderworpen aan een hogere ethiek- en het verwerpen

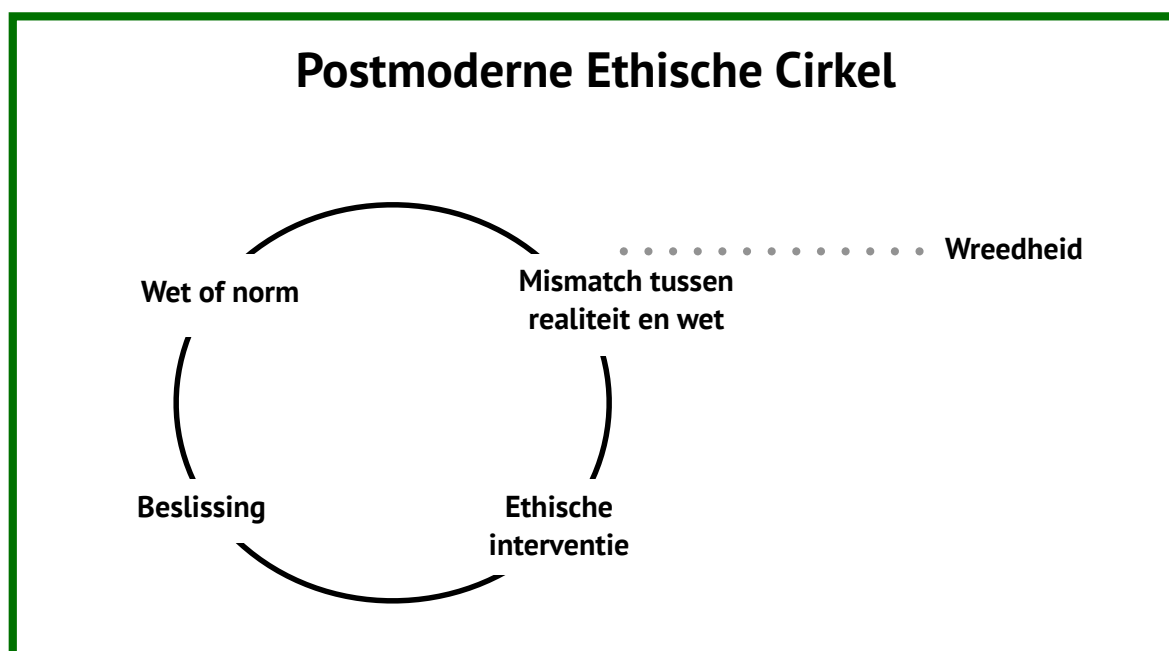
³⁰⁷ J Keij, *Levinas in de Praktijk* (Klement/Pelckmans 2016) 161.

³⁰⁸ J Derrida, *Writing and Difference* (first published 1967, A Bass vertaling, Routledge 2002), 138.

³⁰⁹ J Derrida, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992).

van deze norm wanneer het wreed of onmenselijk blijkt uit te pakken. Hoewel de rechter ook in dergelijke situaties een vonnis *moet* vellen, mag zij zich hierbij niet ‘verschuilen’ achter een wettelijk voorschrift, regel of precedent. De rechter mag een wet niet louter toepassen “omdat het de wet is.” De wrede of pijnlijke gevolgen die een vonnis teweegbrengt mogen niet gelden als morele dekmantel die de rechter vrijwaren van haar ethische verantwoordelijkheid. Zelfs indien de wettelijke regel haar ontslaat van haar wettelijke verantwoordelijkheid, heeft ze nog steeds een ethische verantwoordelijkheid jegens het individu. De rechter neemt de volle verantwoordelijkheid voor zowel de positieve als de negatieve uitkomsten van haar vonnis.

In tegenstelling tot de klassieke, lineaire weergave van rechterlijke beslissingen veronderstelt postmodern rechtspreken een cirkel. Als praktisch instrument voor de rechter presenter ik daarom de *Postmoderne Ethische Cirkel*. Deze is postmodern, omdat de rechter normen hanteert in het volle besef dat normen niet absoluut zijn, maar altijd afhankelijk van een bepaalde tijd en plaats. Het is ethisch, omdat niet de regel maar de mens centraal staat in deze besluitvorming. En het is circulair, omdat de regels en normen altijd kunnen en moeten veranderen als een andere, betere norm zich aandient. Hieronder is deze cirkel gevisualiseerd.



Postmoderne Ethische Cirkel voor juridische besluitvorming

Een bepaalde wet kan juist zijn zolang deze aansluit bij een bepaalde situatie. Maar wanneer er een *mismatch* plaatsvindt tussen de wet en de gegeven situatie dan moet kritisch worden gekeken naar de voorgestelde wet of norm. Deze mismatch doet zich in

de rechtbank voor wanneer een complexe zaak een ethisch appèl doet op de rechter. De rechter moet in een dergelijk geval beslissen of ze de verantwoordelijkheid kan dragen wanneer ze de wet boven de gegeven situatie laat prevaleren. In zekere zin doet een rechter dit natuurlijk al. Iedere wet wordt toegepast in het licht van de omstandigheden van het geval. De wet heeft hiervoor bepalingen zoals 'redelijkheid en billijkheid' opgenomen om de rechter enige speelruimte te geven. Het verschil tussen deze wettelijke bepalingen en de Postmoderne Ethische Cirkel is dat de laatste de rechter geen mogelijkheid laat om zich te verschuilen achter een wettelijke norm.

In die zin is het aanvaarden van dit circulaire proces niet zozeer een praktische verandering, als wel een conceptuele. Het dwingt ons om anders te kijken naar de manier waarop recht wordt gesproken. De klassieke stabiliserende benadering ziet het recht als een samenhangend en consistent web dat in elke zaak een daadwerkelijk juist en rechtvaardig oordeel kan uitwijzen. Alleen leiden in de praktijk juist de meest complexe zaken zelden of nooit een *rechtvaardig* oordeel. Juistheid en rechtvaardigheid veronderstellen dat er geen kwaad wordt gedaan en dat er geen morele rafelranden achterblijven, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval is. Zeker in een rechtslandschap dat zo innig onderling verbonden is, heeft een beslissing die juist is voor de ene partij altijd wel een negatief equivalent, op een ander persoon, op een andere plek of op een andere tijd. De stabiliserende visie op het recht heeft een stabiel en geruststellend effect op de rechter: wanneer haar vonnis is uitgesproken heeft het recht en de rechtvaardigheid gezegevierd. De Postmoderne Ethische Cirkel maakt de rechter juist verantwoordelijk voor zowel de positieve als de negatieve effecten van haar vonnis. De *ander* die een appèl op de rechter doet door (al dan niet fysiek) voor de rechter te verschijnen, spreekt de rechter persoonlijk aan. Deze verantwoordelijkheid maakt dat de rechter achterblijft in een constante onzekerheid. Zelfs nadat de zaak is gesloten, zal ze worden achtervolgd door hardnekkige twijfel of ze de best mogelijke beslissing heeft genomen. De Postmoderne Ethische Cirkel confronteert de rechter met het feit dat zij voortdurend tekortschiet in haar besluitvorming.

5.1.4 De reflectieve rechter en repatriëring

In de zaak aangaande de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en kinderen uit Syrië werd er een duidelijk appèl gedaan op de rechter. Hoewel de vrouwen en kinderen niet fysiek aanwezig waren, werd dit appèl vertegenwoordigd door hun advocaten en door familieleden zoals Houssein, die in de rechtbank aanwezig waren. Het is een lastige zaak met veel rafelranden. Hoewel ze misschien het liefst had willen wegkijken moet de rechter een oordeel vellen. Het uiteindelijke oordeel van het Hof en de Hoge raad in deze zaak luidde dat de Nederlandse Staat, ondanks de zwaarwegende belangen van de

vrouwen en kinderen, hen niet naar Nederland *hoeft* te halen en zich daartoe ook niet in te spannen.³¹⁰ Als belangrijkste reden draagt de Hoge Raad hiervoor aan dat de vrouwen en kinderen zich tegenover de Nederlandse staat niet rechtstreeks kunnen beroepen op een aantal internationale mensenrechtenverdragen, te weten het *Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens* (EVRM), *Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten* (IVBPR) en *Verdrag inzake de Rechten van het Kind* (IVRK).³¹¹ Hoewel ietwat oneerbiedige gesteld, kan dit worden gezien als een typisch voorbeeld waarin de rechter zich verschuilt achter een juridische norm die haar kan ontslaan van haar ethische verantwoordelijkheden. De norm is dat de rechtsmacht van een staat zich alleen uitstrekt tot zijn eigen grondgebied en dus hoeft de staat zich niet in te spannen om de vrouwen en kinderen op te halen. Punt. Daar eindigt het lineaire beslissingsproces van de klassieke rechter. De hoofdregel dat Nederland geen rechtsmacht heeft buiten de landsgrenzen lijkt hiermee het menselijk lijden van de vrouwen en kinderen in de opvangkampen te rechtvaardigen.

Maar een reflectieve rechter zou hier een stap verder gaan. Het feit dat ze van haar juridische verplichting is ontslagen maakt nog niet dat ook haar ethische plicht stopt. De juridische norm (het ontbreken van de rechtsmacht) mag niet prevaleren wanneer dit leidt tot wreedheid of onmenselijkheid. Dat de vrouwen en kinderen in een onmenselijke en erbarmelijke situatie verkeren wordt door de Hoge Raad zes keer in het vonnis onderschreven.³¹² De vrouwen en kinderen worden geconfronteerd met “sterfte, overbevolking, indoctrinatie, de afwezigheid van onderwijs en gebrek aan water, voedsel, sanitaire voorzieningen en medische zorg.”³¹³ De ethische interventie van de vrouwen en kinderen (vertegenwoordigd door hun advocaten en achtergebleven familieleden) maakt de mismatch tussen de wet en de situatie duidelijk. De vrouwen en kinderen overlaten aan de gruwelen van het opvangkamp in Syrië getuigt van wreedheid en onmenselijkheid. Het feit dat er een wet is die de Nederlandse staat ontslaat van haar juridische plicht om in te grijpen, zou -als het aan de reflectieve rechter ligt- haar niet ontslaan van haar ethische plicht. Dit zou een oproep kunnen zijn aan de wetgever om hierover een nieuwe regel te formuleren.

³¹⁰ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, 3.21.2

³¹¹ Europese Unie, *Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (1950), artikel 1, Verenigde Naties, *Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten* (1966), artikel 2 en Verenigde Naties, *Verdrag inzake de rechten van het kind* (1989), artikel 2.

³¹² Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 2.2, 2.5, 3.20.2 en 3.20.3.

³¹³ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, 3.20.2.

5.2 De onzekere rechter

Volgens een klassieke kijk op de juridische dimensie worden wetten gemaakt door de wetgever, zijn ze geldig binnen de landsgrenzen en past de rechter ze willoos toe als zijnde een “spreekbuis van de wet.” Echter in het hybride, dynamische en transnationale rechtslandschap van de 21^e eeuw blijken wetten allesbehalve voorzienbaar en vanzelfsprekend. Niet alleen zijn wetten vaak onvoorzienbaar, ook is er een veelheid aan wetten die onderling geen duidelijke hiërarchie kennen. Dit maakt het voor de rechter uitermate moeilijk, al dan niet onmogelijk, om deze wetten passief en willoos toe te passen. Echter, een actieve interpretatie van de onvoorzienbare wetten kan veelal rekenen op kritiek vanuit de politiek en media. Kortom, het gebrek aan een stabiele orde anno 2020 maakt het voor de rechter onmogelijk om de wet klakkeloos toe te passen.

5.2.1 Onmogelijke beslissingen

De postmoderne filosoof Jacques Derrida constateerde deze onmogelijkheid van juridische beslissingen reeds aan het einde van de vorige eeuw. Volgens Derrida kan niet alleen de wet onmogelijk rechtvaardig zijn, hetzelfde geldt voor rechterlijke beslissingen. Hoewel beslissingen vaak worden beschouwd als het resultaat van een rationele afweging, stelt Derrida dat een rechterlijke beslissing alleen een echte ‘beslissing’ is wanneer deze iets invult dat niet reeds duidelijk was. Als een rechter al weet wat ze zou moeten beslissen in een specifieke zaak (namelijk precies hetgeen de wet voorschrijft), dan neemt ze geen “beslissing” volgens Derrida. Een rechterlijke beslissing is dus geen klakkeloze toepassing van de wet –geen “bouche de la loi”– maar vormt in zekere zin altijd een breuk met haar verleden.³¹⁴ Dit heeft volgens Derrida te maken met de paradox van generaliteit en uniciteit. Hoewel een wet altijd algemeen moet zijn, is een casus altijd uniek. Om als een beslissing te kunnen worden aangemerkt moet een rechterlijk besluit dus aan twee onverenigbare eisen voldoen: rechters moeten de wet in gelijke mate op iedereen toepassen (iedereen is immers gelijk voor de wet) en tegelijkertijd moet er recht worden gedaan aan de uniciteit van iedere zaak. Iedere zaak is anders, elke beslissing is anders en vereist daarom een absoluut unieke interpretatie die geen enkele bestaande gecodeerde regel kan of zou moeten garanderen.³¹⁵ Een beslissing volgens derridiaans discours is daarom een ‘onmogelijke beslissing’. Een juridische beslissing bevindt zich in de lacune tussen een algemene wet en een specifieke casus. Dit maakt van een wettelijke beslissing geen simpele gevolgtrekking, maar een keuze.

³¹⁴ WW Solokoff, ‘Between Justice and Legality: Derrida and Decision’ (2005) 58 Political Research Quarterly 2 341, 342.

³¹⁵ J Derrida, ‘Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”’ in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 23.

Kortom, een juridische beslissing leidt volgens Derrida tot een paradoxale situatie waarin een rechter altijd gevangen zit tussen twee tegenstrijdige uitersten: enerzijds moet een beslissing overeenkomen met de algemeenheid van de wet (de wet is voor iedereen gelijk van toepassing) en anderzijds moet ze de uniciteit van elke casus weerspiegelen (elk geval is anders).³¹⁶ Doordat een derridiaanse beslissing altijd iets opvult wat daarvoor nog niet duidelijk was, vervalt de passieve *toepassing* van een *algemene wet* altijd tot een actieve *beslissing* in een *specifieke casus*. Wanneer de omstandigheden van het geval meewegen heeft dit een invloed op de vooraf opgestelde wet. Dit sluit mooi aan bij het onderscheid dat Levinas maakt tussen moraal en ethiek. Moraal zit vervat in een algemene wet, een theorie, mores. Maar een algemeenheid inzetten om een unieke casus te beslechten, kan alleen in het licht van de specifieke omstandigheden van deze casus. Hier doet de ethiek haar intrede. Doordat ethiek flexibel is en niet vastomlijnd kan ethiek altijd worden afgestemd op de specifieke situatie. Volgens Derrida is de uiteindelijke grond voor een juridische beslissing daarom ongegrond.³¹⁷ Het moment van beslissen is legaal noch illegaal; legitiem noch illegitiem.³¹⁸ Dit maakt het moment van beslissen krankzinnig. In dit kader haalt Derrida graag de 19^e -eeuwse filosoof Søren Kierkegaard aan, hoewel het onduidelijk is of hij deze uitspraak ooit zelf heeft gedaan.³¹⁹ Desalniettemin onderbouwen deze woorden de onmogelijkheid van beslissingen prachtig: “L’Instant de la Décision est une Folie”; het moment van beslissen is waanzin.³²⁰

Door de lens van de stabiliserende benadering van de rechtspraak worden rechterlijke beslissingen beschouwd als het resultaat van een rationele afweging. Derrida is het daar niet mee eens en stelt dat een rechter alleen een 'echte beslissing' kan nemen als deze een vroegere leemte opvult. Een beslissing moet iets beslissen wat voorheen niet duidelijk was. Een rechterlijke beslissing is niet zomaar een willoze toepassing van de wet zoals Montesquieu suggereert, maar altijd een radicale verandering.³²¹ Elke zaak is anders, elke beslissing is anders en vereist daarom een absoluut unieke interpretatie die geen enkele bestaande gecodificeerde regel kan of moet garanderen.³²² Derrida's

³¹⁶ J Derrida, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 24.

³¹⁷ WW Solokoff, 'Between Justice and Legality: Derrida and Decision' (2005) 58 *Political Research Quarterly* 2 341, 343.

³¹⁸ J Derrida, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 14.

³¹⁹ G Bennington, 'A Moment of Madness: Derrida's Kierkegaard' (2011) 33 *The Oxford Literary Review* 1 103.

³²⁰ J Derrida, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 25.

³²¹ WW Solokoff, 'Between Justice and Legality: Derrida and Decision' (2005) 58 *Political Research Quarterly* 2 341, 342.

³²² J Derrida, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992) 23.

postmoderne kijk op rechterlijke beslissingen lijkt funest voor de juridische dimensie van legitimiteit. Hoewel het in eerste instantie lijkt op te roepen tot willekeurigheid, stelt Derrida dat recht juist minder willekeurig wordt wanneer het zijn eigen contingentie erkent.³²³ Door het ontmantelen van het wetboek als *het juiste* en het erkennen van de toevalligheden die wetten aan elkaar breien ontstaat onzekerheid. Maar deze onzekerheid hoeft niet te leiden tot verlamming maar kan worden omgezet in iets positiefs. Onzekerheid behoedt ons voor het maken van overhaaste beslissingen en roept op tot reflectiviteit. Juist in deze onzekerheid, in de leemte tussen wet en situatie, is de meest vooruitstrevende jurisprudentie geschreven. Lindebaum/Cohen, Costa/ENEL en het Electriciteits-arrest zijn voorbeelden van een lacune waarin de wet niet voorzag.³²⁴ Als rechters de veiligheid en zekerheid van de wet niet durven inruilen voor onzekerheid, dan zouden ze sommige van de meest iconische jurisprudentie zijn misgelopen. Het feit dat iedere rechtenstudent de bovenstaande zaken vandaag de dag kan opnoemen, laat zien dat rechters deze onzekerheid niet altijd uit de weg gaan. Hetgeen ik hier presenteer is ook geen radicale omslag in het doen en laten van de rechters. Ik houd slechts een pleidooi om de onzekerheid die aan een dergelijke iconische zaak voorafgaat, ook als zodanig te erkennen.

5.2.2 De onzekere rechter en repatriëring

Evenals in het voorgaande hoofdstuk, gaat het bij deze competentie niet zozeer om het aannemen van een nieuw concept, maar om het accepteren van een nieuwe manier van denken over het recht. Alleen wanneer we het recht zien als iets wat ook onzeker en contingent kan zijn, is het voor verandering vatbaar. Alleen wanneer we een rechterlijke beslissing zien als een actieve beslissing in plaats van een passieve toepassing, kunnen we vooruitstrevende jurisprudentie op waarde schatten. Wanneer we deze onzekerheid toepassen op de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en kinderen uit Syrië, vergroot dit de rechterlijke legitimiteit om een mondige beslissing te nemen. In het vonnis stelt de Hoge Raad elf keer dat ze zich terughoudend moet opstellen ten opzichte van de door de staat gemaakte afwegingen.³²⁵ Deze afwachtende houding is niet verwonderlijk, gezien de hoorzitting over de Nederlandse dikastocratie of rechtersstaat begin dit jaar, dat bij velen nog vers in het geheugen ligt.³²⁶ Het waarderen van rechterlijke onzekerheid kan er daarentegen voor zorgen dat we de rechter niet langer zien als een willoos wezen

³²³ WW Solokoff, 'Between Justice and Legality: Derrida and Decision' (2005) 58 Political Research Quarterly 2 341, 344.

³²⁴ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (15 juli 1964) ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*), Hoge Raad (31 januari 1919) ECLI:NL:PHR:1919 (*Lindenbaum/Cohen*) en Hoge Raad (23 mei 1921) ECLI:NL:HR:1921:186 (*Elektriciteit*).

³²⁵ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 2.5, 3.9.1, 3.9.2, 3.10.3, 3.10.5, 3.11.1, 3.15.1, 3.15.2.

³²⁶ T Baudet en P Cliteur, 'Wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?' *Volkskrant Opinie* (8 maart 2020) <<https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/baudet-en-cliteur-wat-is-er-mis-met-onze-oproep-tot-bezinning-over-de-staatsmachten~bdf05b34/>> bezocht op 29 juli 2020.

dat de wet alleen maar hoeft toe te passen, maar als een assertieve beslisser die leemtes opvult. Met het opvullen van deze lacunes bevindt de rechter zich onherroepelijk op onontgonnen terrein. Dat betekent niet dat ze “op de stoel van de wetgever” zit, maar dat ze haar taak als rechter juist naar behoren uitvoert door de wetgever te inspireren tot het aannemen van andere wetten die beter bij de huidige situatie aansluiten.

5.3 De verbeeldingskrachtige rechter

Een klassieke politieke dimensie van rechterlijke legitimiteit gaat ervan uit dat de staatsindeling geschiedt met instemming van het volk. Deze instemming wordt in principe gegeven door het volk dat zich binnen de landsgrenzen bevindt. Deze instemming vormt de basis voor de scheiding van de drie staatsmachten waarvan de rechterlijke macht er één is. Het Nederlandse volk kan bijdragen aan deze instemming door eens per vier jaar naar de stembus te gaan.

In een hybride rechtslandschap waarin statelijk beleid, wetten en rechterlijke uitspraken een dynamische en transnationale aard hebben, kan er een lacune ontstaan tussen personen die door het beleid, de wet of het vonnis worden getroffen en degene die hiervoor hun instemming hebben gegeven. Doordat bepaalde beleidsmatige of rechterlijke beslissingen een tijds- en grensoverschrijdend karakter hebben, heeft niet iedereen die erdoor wordt getroffen ook de mogelijkheid gehad om ermee in te kunnen stemmen. In het huidige rechtslandschap zijn er daardoor veel partijen die niet gehoord kunnen worden wanneer een rechterlijke beslissing wordt genomen, terwijl zij de effecten van deze beslissing wel ondervinden. De rol van de rechter is vervolgens om ook deze posities een stem te geven.

Een manier om hieraan bij te dragen en de politieke legitimiteit van de rechter te versterken kan zijn het vergroten van de diversiteit binnen de rechterlijke macht. Hoewel dit zeker een goed begin is kan deze diversiteit maar tot op zekere hoogte worden opgerekt. Hoe divers de rechterlijke macht ook is samengesteld, bepaalde groepen zullen altijd uitgesloten blijven van vertegenwoordiging. Daarom moet niet alleen de samenstelling van de rechterlijke macht worden uitgebreid maar ook de *verbeeldingskracht* van de rechter. De rechter zal zich moeten inspannen om de verschillende partijen die door haar uitspraak kunnen worden getroffen, in haar beslissing mee te nemen. Naast de partijen die daadwerkelijk in de rechtszaal aan haar verschijnen, moet ze zich ook inspannen om zich andere mogelijke partijen voor te stellen.

5.3.1 Meerpartijdigheid

Om dit te verduidelijken wil ik graag een theorie uit de psychologie aanhalen. De geestelijke gezondheidszorg is, net zoals het recht, een discipline die gekarakteriseerd wordt door een hoge mate van onzekerheid.³²⁷ Daarom wil ik hier verwijzen naar het begrip 'meerpartijdigheid' dat in 1988 door de psychologen Harlene Anderson en Harold Goolishian werd geïntroduceerd. Hoewel zij deze term gebruiken om de handelwijze van een therapeut te beschrijven in een psychologisch gesprek, denk ik dat deze theorie evengoed van toepassing is op het handelen van een rechter. In plaats van daadwerkelijk neutraal te zijn, dat wil zeggen geen positie in te nemen, betekent meerpartijdigheid dat de therapeut c.q. rechter alle mogelijke posities tegelijk inneemt.³²⁸ Net zoals 'gewone mensen' hebben rechters bepaalde vooroordelen; ook zij hebben meningen over hoe we een goed leven zouden moeten leiden. Hoewel de rechter deze vooringenomenheid natuurlijk niet moet opleggen aan de partijen, bestaat ze ontegenzeggelijk. Anderson en Goolishian zien deze oordelen niet als risico's maar als kansen. "They [the prejudgments] are the energy to spark curiosity and the drive to explore other ideas."³²⁹ Om een meerpartijdige positie te kunnen innemen, moet een rechter bereid zijn om zich te laten meevoeren in alternatieve meningen en opvattingen. Hierdoor kan een rechter een dialoog aangaan die het mogelijk maakt om nieuwe inzichten te ontwikkelen.³³⁰ Door deze meerpartijdige positie in te nemen, kan een rechter rekening houden met het belang van alle partijen, ook de partijen die niet aanwezig zijn of kunnen zijn. Individuen of groepen mensen waarvan we in hoofdstuk 3.4 zagen dat ze waren uitgesloten van de algemene wil, kunnen op deze manier alsnog worden betrokken in het rechterlijk proces. Volgens dit idee van meerpartijdigheid probeert de rechter rekening te houden met de belangen van alle betrokkenen, aanwezig of afwezig; zichtbaar of onzichtbaar; senior of nog niet geboren. Door zich niet onpartijdig op te stellen maar meerpartijdig, wordt de rechter gedwongen om zich in alle partijen te verdiepen. Wetende dat haar vooroordelen aanwezig maar niet leidend zijn, geeft dit haar de mogelijkheid om zich actief te verdiepen in de partijen die voor haar staan, in de maatschappij die buiten de rechtszaal wacht en in de effecten die dit zal hebben op toekomstige generaties en op andere rechtssystemen. Uiteraard is deze lijst niet uitputtend. Bovendien ontstaat zo een ruimte waar persoonlijke, wetenschappelijke, professionele, culturele, economische, religieuze en andere factoren in de vergelijking kunnen worden betrokken. Op deze manier

³²⁷ S Tai, 'Uncertainty about Uncertainty: The Impact of Judicial Decisions on Assessing Scientific Uncertainty' (2009) 11 Journal of Constitutional Law 3 (2009) 675.

³²⁸ H Anderson and H.A. Goolishian, 'Human Systems as Linguistic Systems: Preliminary and Evolving Ideas about the Implications for Clinical Theory' (1988) 27 Family Process 4 371-393, 379.

³²⁹ H Anderson and HA Goolishian, 'Human Systems as Linguistic Systems: Preliminary and Evolving Ideas about the Implications for Clinical Theory' (1988) 27 Family Process 4 371, 379.

³³⁰ H Anderson and HA Goolishian, 'Human Systems as Linguistic Systems: Preliminary and Evolving Ideas about the Implications for Clinical Theory' (1988) 27 Family Process 4 371, 379.

bevordert meerpartijdigheid het vinden van een gemeenschappelijk belang in het vonnis.³³¹

In de praktijk kan dit op verschillende manieren vorm krijgen. Een interessante bron van inspiratie hiervoor is het project *#Toekomststoel*.³³² Dit project van onder meer de Nederlandse schrijver en voormalig politicus Jan Terlouw, pleit ervoor om letterlijk een lege stoel neer te zetten in iedere vergadering waarbij beslissingen worden genomen die van invloed kunnen zijn op toekomstige generaties. Door de fysieke aanwezigheid van een lege stoel worden de aanwezigen er steeds op gewezen dat wat zij besluiten van invloed kan zijn op het leven van toekomstige generaties die hun eigen belangen nu nog niet kunnen vertegenwoordigen. Doordat er altijd partijen zijn die niet vertegenwoordigd zijn in een rechtszitting, gaat het misschien wat ver om de eerste twee rijen in een rechtszaal leeg te laten. Desalniettemin is een lege stoel een krachtig symbool dat verbeeldingskracht kan aanwakkeren.

Een dergelijke focus op de verbeeldingskracht is postmodern, omdat het uitgaat van het bestaan van meerdere waarheden naast elkaar. Het veronderstelt geen juist en onjuist, geen winnende en verliezende partij, maar meerdere partijen, meerdere narratieven of meerdere vocabulaires naast elkaar die allen gehoord moeten worden, ook al hebben ze (nog) geen hoorbare stem. Dit is zeker geen gemakkelijke oefening voor de rechter. Het daagt de rechter uit om zich voor te stellen wie allemaal door de beslissing geraakt kunnen worden en of ze aan hen allen verantwoording kan afleggen. Het trainen van deze verbeeldingskracht draagt bij aan de politieke legitimiteit van de rechter, omdat het de rechter aanspoort om degenen die geen stem (kunnen) hebben in de totstandkoming van bepaalde wetten of bepaald beleid toch te horen. In lijn met Levinas' opvatting over de *andere anderen* die kunnen worden ontwaard in het aangezicht van *de ene ander* die voor je staat, moet de rechter proberen om zich alle mogelijke partijen op wie haar uitspraak effect kan hebben voor te stellen.

5.3.2 De verbeeldingskrachtige rechter en repatriëring

Wanneer we dit toepassen op de zaak van de repatriëring van de Nederlandse vrouwen en hun kinderen uit Syrië blijkt hoe ingewikkeld een dergelijke oefening is. In de uitspraken van de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad worden de belangen van de kinderen erkend. De rechter neemt aan dat de kinderen opgroeien in *erbarmelijke omstandigheden* waarin verschillende fundamentele rechten, zoals het recht op leven en

³³¹ GWC van den Berg, 'De Tien Geboden van de WGBO. Van patiënt naar consument: van behandelaar naar handelaar, van aanbod naar vraag' (1998) 24 Tijdschrift voor Psychotherapie 12, 17.

³³² De Toekomststoel <<http://www.toekomststoel.nl>> bezocht op 28 juli 2020.

het recht op vrijheid en veiligheid worden geschonden.³³³ Hoewel de omstandigheden voor de vrouwen net zo zwaar zijn, zijn zij uit eigen beweging vanuit Nederland naar het jihadistische strijdgebied in Syrië of Irak gereisd. In haar uitspraak heeft de Hoge Raad ook rekening gehouden met de nationale veiligheid van de inwoners van Nederland. Uit rapporten van de AIVD en de NCTV komt een gegronde angst naar voren dat de Nederlandse veiligheid in gevaar kan komen wanneer de deur wordt opengezet voor vrouwen die sympathiseren of sympathiseerden met het gedachtegoed van de *Islamitische Staat* en die daar een geruime tijd hebben gewoond.³³⁴ Ook bestaat de angst dat de kinderen al dermate zijn geïndoctrineerd door het radicale gedachtegoed van de *Islamitische Staat* dat het ‘tikkende tijdbommen’ zijn die zich in Nederland op ieder moment kunnen ontpoppen tot radicale terroristen.³³⁵ Daarnaast houdt de rechter rekening met de andere Europese landen die door middel van het Schengenverdrag open grenzen delen met Nederland.³³⁶ Wanneer Nederland mogelijke terroristen binnenhaalt kan dit van invloed zijn op de veiligheid van landen in het hele Schengengebied. Een verbeeldingskrachtige rechter gaat nog een stapje verder en probeert ook de minder voor de hand liggende potentiële macro-effecten van haar uitspraak mee te wegen. Als Nederland repatriëring afwijst omdat de vrouwen en kinderen potentieel gevaarlijk zijn voor de nationale veiligheid, dan wordt dit gevaar niet afgewend maar slechts verplaatst naar een andere plaats en tijd. Momenteel is de leiding van de opvangkampen in handen van Syrisch-Koerdische autoriteiten.³³⁷ De kinderen zullen hier opgroeien in een opvangkamp omgeven door (ex-) jihadistische strijders en andere leeftijdsgenoten die zich in de steek voelen gelaten door hun vaderland. Als de AIVD en NCTV bang zijn voor indoctrinatie van de generatie die daar nu als kinderen zit, zal dit potentiële gevaar niet minder zijn wanneer de kinderen hun adolescentie bereiken.

Daarnaast legt de rechter door haar uitspraak dat Nederland zich niet hoeft in te spannen om de vrouwen en kinderen naar Nederland te halen, beslag op de kostbare tijd van hulpverleners. In de instabiele kampen die gebukt gaan onder de afwezigheid van water en voedsel en de aanwezigheid van voorkombare ziektes, moeten continu hulpverleners van Artsen Zonder Grenzen of het Rode Kruis aanwezig zijn. Door hun aanwezigheid in de kampen kunnen zij op andere plaatsen niet aanwezig zijn. Het besluit om de vrouwen en kinderen niet naar Nederland te halen is daardoor geen gratis, maar een heel kostbaar

³³³ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.13.4 en Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208, r.o. 7.5-7.6.

³³⁴ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 2.5 en Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 7.10-7.11.

³³⁵ E Vrijsen, ‘CDA: IS Kinderen Blijven Weren’ *Elsevier Weekblad* (17 april 2019)

<<https://www.elsevierweekblad.nl/nederland/achtergrond/2019/04/cda-is-kinderen-blijven-weren-683730/>> bezocht op 28 juli 2020.

³³⁶ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.14.

³³⁷ Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148, 2.2

besluit. Ook kan de positie van Nederland met betrekking tot de repatriëring van Nederlandse vrouwen en kinderen van invloed zijn op de positie van andere (Europese) landen. Kortom, met verbeeldingskracht wordt een groot aantal belanghebbende partijen zichtbaar die op het eerste gezicht geen deel uitmaken van de aanhangige casus maar er wel degelijk door kunnen worden beïnvloed. Uiteraard kan een rechter nooit iedereen tevredenstellen. Dat is volgens mij ook niet het doel van een rechterlijk vonnis. Wat volgens mij wel een doel is, is dat de rechter in haar vonnis een afweging maakt waarbij niet alleen de belangen van de partijen die voor haar verschijnen in de rechtbank (zoals de advocaten van de moeders enerzijds en de staat anderzijds) worden meegewogen maar ook die van de vele onzichtbare partijen die eveneens door haar vonnis worden geraakt. Op deze manier kan verbeeldingskracht de politieke legitimiteit van de rechter versterken. Door zich niet onpartijdig maar meerpartijdig op te stellen, doet ze recht aan de belangen van de partijen die voor haar staan, maar tevens ook aan de vele andere levens die eveneens door het vonnis kunnen worden geraakt.

5.4 De feilbare rechter

Volgens de klassieke maatschappelijke dimensie van rechterlijke legitimiteit, geniet de rechter aanzien en vertrouwen in de vorm van mythisch gezag gestoeld op religie en rituelen. Ten tijde van de Verlichting nam de macht van de kerk af en de emancipatie van individuele burgers toe. Dit heeft ervoor gezorgd dat dit klassieke charismatische gezag van de rechter en het bijbehorende vanzelfsprekende vertrouwen in het rechterlijk instituut niet meer aansluit bij de huidige tijd. De voortschrijdende democratisering heeft ervoor gezorgd dat burgers zich mondiger en kritischer uitlaten jegens gezag. Ook de rechter is hierdoor de afgelopen jaren steeds meer het mikpunt geworden van kritiek en wantrouwen. Tegenwoordig willen burgers zelf hun mening kunnen vormen op basis van meer en meer kennis. De enigmatische toga die de rechter als een *black box* omsluit, moet volgens sommigen worden vervangen door een meer transparante. De burger van de 21^e eeuw wil weten wat voor vlees hij in de kuip heeft. De afgelopen jaren wordt transparantie ook wel omschreven als een 'hoerabegrip' dat enkel met positieve zaken in verband wordt gebracht.³³⁸ Maar het is niet vanzelfsprekend dat meer transparantie ook altijd leidt tot meer vertrouwen. "Vertrouwen in het recht en de toepassing daarvan is in hoge mate vertrouwen in het ongekende, in het handelen van een zich als objectief presenterende machinerie, aangedreven door ingewijden" luidt het voorwoord bij het WRR-rapport over transparantere Rechtspraak.³³⁹ Dit heeft er volgens de auteurs mee te

³³⁸ J van Spanje en C De Vreese, 'De Rechtspraak in de Media: Drie Negatieve Trends', in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 413.

³³⁹ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 16.

maken dat de rechtsstaat zich bevindt in een imaginaire wereld. De rechtsstaat heeft geen adres, geen briefpapier, alleen een disciplinerende ideële existentie. “Dat is een kracht, maar tegelijkertijd ook een kwetsbaarheid. Immers, het klassieke idee van het recht en de rechtspraak als een mediërend instrument in maatschappelijke controverses boet aan kracht in zodra ze zelf in die controverses wordt meegezogen.”³⁴⁰ Dat laatste is ook de conclusie van Petra Jonkers in haar bijdrage aan datzelfde rapport. Volgens Jonkers moeten we voorzichtig omgaan met de roep om alsmaar meer transparantie. Uit haar onderzoek komt naar voren dat meer transparantie niet rechtstreeks leidt tot meer vertrouwen en zelfs averechts kan uitpakken.³⁴¹ Een permanent kijkje in de keuken waarbij de rechterlijke macht onder een vergrootglas ligt, leidt ook tot het uitvergroten van het falen van de rechter. Als je goed zoekt kan een fout(je) altijd worden gevonden.³⁴² Toenmalig Minister Donner zei in 2011 “Wetten zijn als worstjes. Je kunt maar beter niet zien hoe ze zijn gemaakt.”³⁴³ Een besluit dat onder een vergrootglas ligt laat het menselijke -en daarmee irrationele- karakter van de rechter zien, stelt Stephan Grimmelikhuijsen.³⁴⁴ Kennelijk houden we nog altijd graag vast aan het sacrale en onschendbare imago van de rechterlijke macht.

Ik ben het niet eens met voormalig minister Donner en Stephan Grimmelikhuijsen dat we het geheimzinnige en sacrale karakter van de rechter in stand moeten houden. Wat mij betreft heeft het geen zin om te ontkennen dat rechterlijk werk ook en in de eerste plaats mensenwerk is en het lijkt me verstandig om de illusie van volledige objectiviteit, neutraliteit en rationaliteit te ontcrachten. Echter, meer transparantie hoeft er niet per se toe te leiden dat de hele psyche van de rechter open en bloot moet worden tentoongesteld aan de media en burger. Tegenwoordig lijkt de rechtspraak de roep op transparantie vooral aan te grijpen om een positief imago te veroveren.³⁴⁵ In de beeldvorming is de rechtspraak “in zichzelf gekeerd, onbereikbaar, ouderwets, en misschien zelfs wereldvreemd”, aldus de Minister van Veiligheid en Justitie in 2012. “Wij weten allemaal dat de werkelijkheid anders is, maar we moeten wel iets aan dat imago doen.”³⁴⁶ Transparantie kan ook op een andere manier worden versterkt. Een manier die misschien niet direct gericht is op het verbeteren van het imago onder burgers, maar die langs indirecte lijn wel kan bijdragen aan het verbeteren van de rechtspraak en het vergroten van het vertrouwen als de rechter zich feilbaar opstelt. Gerichte en

³⁴⁰ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 16.

³⁴¹ P Jonkers, ‘Zet Transparantie Liever in voor Bekritiseerbaarheid dan voor Vertrouwen’ in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 470.

³⁴² S Grimmelikhuijsen, ‘Onbekend maakt Onbemind? Over Transparantie en Vertrouwen’ (2012) 33 *Idee* 2 34, 37.

³⁴³ Kamerstuk 2014, 34002, nr. 77.

³⁴⁴ S Grimmelikhuijsen, ‘Onbekend maakt Onbemind? Over Transparantie en Vertrouwen’ (2012) 33 *Idee* 2 34, 37.

³⁴⁵ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 465.

³⁴⁶ D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 26.

goedbedoelde kritiek kan de rechtspraak immers verbeteren. Natuurlijk weten we allemaal dat rechters niet kunnen voldoen aan Dworkins Hercules-beeld. Rechters zijn mensen, geen halfgoden. Maar toch wordt het imago van de rechter er nog door gevoed. Wanneer het menselijke gelaat van de rechter te veel doorschemert zijn we geschrokken, verbaast en wantrouwig. Ons beeld van de rechter als objectief en neutraal prevaleert nog altijd in de wet, het onderwijs en in ons beeld van de rechter. Ik denk echter dat rechters zich best wat menselijker zouden mogen opstellen. Pas wanneer de rechterlijke macht toegeeft dat ook zij onzekerheden kent en ook haar vonnissen feilbaar zijn, ontstaat een ruimte voor positieve en gerichte feedback die de rechtspraak kan verbeteren. Ik denk niet dat burgers of de media de juiste partijen zijn om deze feedback te leveren maar ik zie daar bij uitstek een rol weggelegd voor collega-rechters en wetenschappers.

5.4.1 Rechterlijke super- en intervisie

T.S. Pieters, (senior)kantonrechter in Dordrecht schreef in 2010 een pleidooi om de permanente educatie van rechters in Nederland te vergroten.³⁴⁷ Hij laat zich hiervoor inspireren door de super- en intervisiemethoden uit de geestelijke gezondheidszorg. Psychiaters in opleiding hebben een vaste opleider die de verschillende opleidingsaspecten coördineert. Daarnaast hebben zij meerdere supervisors die de verschillende soorten therapieën monitoren en rapporteren aan de opleider. Maar ook is er ruimte voor persoonlijke supervisie waarin persoonlijke valkuilen, allergieën en frustraties aan de orde komen.³⁴⁸ Meestal heeft één supervisor een groepje onder zich dat in vertrouwde en veilige sfeer kan reflecteren op de eigen werkstijl. Vertaald naar de rechtspraak zou dit kunnen betekenen dat een rechter in opleiding een vaste opleider heeft binnen het eigen gerecht en daarnaast meerdere co-opleiders die de verschillende aspecten van het functioneren monitoren en daarvan verslag doen, aldus Pieters. Maar ook na de opleiding kan persoonlijke reflectie voortduren door middel van intervisie. Bij intervisie komen collega-rechters samen om de knelpunten en uitdagingen van de rechtspraak te bespreken. Dit schept ruimte om twijfels uit te wisselen en verantwoordelijkheden te delen.³⁴⁹ Zo kunnen rechters zich in vertrouwde kring kwetsbaar en feilbaar opstellen, zonder hierdoor gezichtsverlies te leiden. Pieters merkt op dat intervisie in de rechtspraak de laatste jaren aan aandacht wint. Hij verwijst hier naar landelijke feedbacktrainingen en spiegelbijeenkomsten.³⁵⁰ Echter, deze intervisie wordt veelal beperkt tot het eigen gerecht en de eigen discipline. Pieters ziet hierin twee

³⁴⁷ TS Pieters, 'De Raakbare Rechter' (2010) Trema 5 197.

³⁴⁸ TS Pieters, 'De Raakbare Rechter' (2010) Trema 5 197, 201.

³⁴⁹ GWC van den Berg, 'De Tien Geboden van de WGBO. Van patiënt naar consument: van behandelaar naar handelaar, van aanbod naar vraag' (1998) 24 Tijdschrift voor Psychotherapie 12, 17.

³⁵⁰ TS Pieters, 'De Raakbare Rechter' (2010) Trema 5 197, 201.

problemen; ten eerste wordt hierbij de eventuele verrijking misgelopen wanneer ook mediators of gedragspsychologen input kunnen geven. Ten tweede geeft Pieters aan in zijn eigen hoedanigheid als rechter, dat het niet de sterkste kant is van rechters om hun collega's te confronteren. "We blijven erg lang vriendelijk voor elkaar, en zeker als we elkaar de volgende dag weer bij de koffieautomaat tegenkomen."³⁵¹ Pieters pleit daarom voor "rechtbankoverstijgende intervisie" waarbij ook professionals uit andere disciplines worden uitgenodigd.³⁵²

Anno 2020 maakt Rechtspraak.nl onder het kopje 'Best Practices' melding van enkele manieren waarop intervisie en feedback bevorderlijk werken voor de rechtspraak, maar dit is nog erg beperkt. Wel bestaan er verschillende *summer schools* en modules die vanuit universiteiten en studiecentra worden aangeboden aan juridische beroepsbeoefenaars, waaronder rechters.³⁵³ Ik zou het van harte toejuichen als daar in de toekomst ook gesprekken over onzekerheid en kwetsbaarheid van rechters op de agenda zouden komen te staan.

5.4.2 Openheid jegens wetenschappelijk onderzoek en experts

Een andere manier om transparantie op een doelgerichte manier in te zetten, is wanneer de rechtspraak zich meer zou openstellen voor onderzoek en kritiek vanuit de wetenschap. Petra Jonkers pleit in de conclusie van haar bijdrage aan het WRR-rapport voor deze vorm van transparantie. Hoewel de rechtspraak daardoor misschien enige controle uit handen zou moeten geven, kunnen de kwaliteit en geloofwaardigheid op de lange termijn toenemen.³⁵⁴

5.4.3 De feilbare rechter en repatriëring

Hierboven heb ik twee manieren beschreven hoe de rechtspraak zich kan openstellen voor kritiek en feedback zonder hierdoor het mikpunt te worden van wantrouwen en schandaal. Ten eerste valt er veel te winnen bij een rechtbankoverstijgende intervisie waarin de rechterlijke beroepsgroep zich kritisch doch opbouwend kan uitlaten over elkaars en eigen werk. Binnen een vertrouwde omgeving kunnen rechters hun twijfels uitspreken en leren om hiermee om te gaan. De beste manier om je eigen onzekerheid te accepteren is door deze onzekerheid in collega's te herkennen. Door een systeem van structurele intervisie op te zetten, wordt de rechter bij elke beslissing gedwongen om

³⁵¹ TS Pieters, 'De Raakbare Rechter' (2010) Trema 5 197, 201.

³⁵² TS Pieters, 'De Raakbare Rechter' (2010) Trema 5 197, 201.

³⁵³ Zie bijvoorbeeld Studiecentrum Rechtspleging, 'Summercourse: Rechterlijke oordeelsvorming' <<https://ssr.nl/cursus/arzmsuro/>> bezocht op 29 juli 2020.

³⁵⁴ P Jonkers, 'Zet Transparantie Liever in voor Bekritiseerbaarheid dan voor Vertrouwen' in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013), 471.

zich af te vragen: “Kan ik de beslissing die ik nu neem verantwoorden en uitleggen aan collega’s?” Hierdoor vindt bij elke beslissing een toetsing plaats, continu bij de rechter intern en sporadisch tijdens intervisie. Via intercollegiale toetsing kun je een vorm van geldigheid benaderen, maar wederom op circulaire wijze. Doordat de rechter haar beslissing moet kunnen verantwoorden aan haar beroepsgroep heeft ieder vonnis een feilbaar karakter. Het is slechts geldig zolang het aansluit bij de realiteit. Zo kan bruikbare kennis ontstaan, die altijd voorlopig is en niet absoluut en voor eeuwig waar. Dit raakt aan de kern van postmodernisme: je kunt met overtuiging iets beweren, maar omarm onzekerheid wanneer je een andere overtuiging tegenkomt die beter aansluit bij de realiteit.

Daarnaast verwacht ik dat de rechtspraak als geheel gebaat is bij opbouwende kritiek en feedback. Op deze wijze kan feilbaarheid bijdragen aan het versterken van rechterlijke oordelen, zonder dat iedere fout lang en breed wordt uitgemeten door de media. Daarnaast denk ik dat dit een positieve uitwerking zal hebben op de status van het rechterlijk vonnis. Nederland kent geen traditie van *dissenting opinions* waarbij naast een vonnis ook een tegenvonnis wordt gepubliceerd waarin de opinies naar voren komen van rechters die het niet eens zijn met het uiteindelijke vonnis. Dergelijke *dissenting opinions* ontdoen een vonnis van haar ongenaakbaarheid en veronderstelde juistheid. Wanneer bij een complexe zaak alleen het finale vonnis wordt gepubliceerd, lijkt het alsof dit ook de enige uitkomst is waar de zaak op uit had kunnen komen. Wanneer in intervisiegroepen of wetenschappelijke artikelen tegengestelde meningen alsnog een prominente plaats innemen kan dit de verliezende partij het gevoel geven gehoord te zijn.

Bovenstaande instrumenten kunnen bijdragen aan het ontmythologiseren van de rechter zonder dat ze afbreuk doen aan het vertrouwen in de rechterlijke macht. In vertrouwde kring kan de rechter haar menselijke gezicht tonen. Een gezicht dat kwetsbaar is en feilbare beslissingen neemt. Deze feilbaarheid draagt bij aan het postmoderne idee dat er niet slechts één juist antwoord is maar dat er altijd meerdere narratieven naast elkaar bestaan. Met name in een tijd waar rechterlijke casussen vaak een hybride, dynamisch en transnationaal karakter hebben, wordt het belang en de veelheid van deze narratieven duidelijk. De rechter moet erop toezien *waar* ze haar kwetsbaarheid en feilbaarheid laat zien. Individuele burgers en media gedreven door scoringsdrift zijn hiervoor niet de juiste kanalen. Transparantie kan daardoor beter worden ingezet in een betrouwbare sfeer van collega’s en experts die als gezamenlijk doel hebben om de rechtspraak te verbeteren. Zo hoeven burgers niet zelf te worden geconfronteerd met de productiewijze van de “worstjes”, maar kunnen de kwaliteit en de ingrediënten wel worden gewaarborgd en eventueel worden verbeterd.

HOOFDSTUK VI

De Rechter als Mens

In eerste instantie lijkt deze postmoderne insteek onverenigbaar met de rol van de rechter. Terwijl een rechter zich traditioneel gezien bezighoudt met 'waarheidsvinding', betwist een postmodernist dat iets dergelijks überhaupt bestaat. Terwijl een rechter een wet toepast en hiermee een rechtvaardig vonnis uitspreekt, stelt Derrida dat rechtvaardigheid onbereikbaar is en een rechterlijke beslissing nemen onmogelijk. Zoals eerder gesteld is een sleutelwoord binnen het postmodernisme 'onzekerheid'. Ook dit lijkt dwars te staan op hetgeen we van het recht willen verkrijgen. Een verdachte, rechtszoekende burger of twee conflicterende partijen zoeken juist uitsluitel en zekerheid in een rechterlijk vonnis. We hebben gezien dat het hybride rechtslandschap van de 21^e eeuw is doorspekt met dergelijke onzekerheden. Hoe kan deze onzekerheid dan desalniettemin leiden tot een legitiem rechterlijk oordeel? Dat kan alleen als we ook de rol van de rechter herzien.

Het doel van deze thesis is niet om een oplossing te geven, die rechterlijke legitimiteit kan verantwoorden in het huidige hybride rechtslandschap of orde kan scheppen in deze onzekerheden. Ik heb laten zien hoe de klassieke manier van het denken over rechterlijke legitimiteit niet aansluit bij de huidige realiteit. De rechter kan noch een willoze spreekbuis zijn, noch een (half)goddelijke Hercules. Maar om legitiem te kunnen beslissen moet een rechter zich bewust zijn van al deze gebreken en onzekerheden. De enige manier om een dergelijke vorm van rechtspreken te legitimeren, is om de rol van de rechter te herzien. Daarom pleit ik ervoor om de rechter te zien *als mens*.

Als een mens met al haar gebreken. Als een mens met al haar kwetsbaarheden. Als een mens die keer op keer voor een onmogelijke beslissing wordt gesteld om recht te doen aan de generaliteit van een wet én aan de specifieke uniciteit van de zaak waarmee ze wordt geconfronteerd. Juist omdat de rechter een mens is moeten we haar geen goddelijke eigenschappen toedichten zoals het maken van juiste keuzes, het maken van objectieve keuzes, het vinden van de juiste wet of het uitdragen van iets zo fluïde als de 'algemene wil'. De rechter is niet objectief of neutraal, en dat is maar goed ook. Want in neutraliteit schuilt onverschilligheid. Het impliceert dat de rechter geen oog heeft voor wie er voor haar staat, dat ze geblinddoekt is, terwijl ze het lot van degene die voor haar staat in haar handen heeft. De rechter moet de belangen afwegen van *alle* mogelijke

partijen, ook degenen die niet in de rechtbank een appèl op haar kunnen doen. De Vrouwe Justitia van dit millennium is gezeten op een halve bol met haar hand op het hart, gelijk het beeld op de titelpagina van deze thesis. In plaats van een weegschaal die uitslaat naar links of naar rechts, naar goed of naar fout is er een veelheid aan richtingen waarin ze zich kan bewegen om steeds weer in balans te eindigen. Van achter haar blinddoek verbeeldt ze zich de vele partijen die door haar beslissing kunnen worden getroffen. Dit maakt haar niet onpartijdig maar meerpartijdig; niet objectief maar betrokken. Ze kiest partij voor de wet, partij voor de ander die voor haar staat en in dat aangezicht partij voor alle andere anderen, zichtbaar of onzichtbaar. Ze kiest partij voor de politieke spanningen en partij voor de maatschappelijke, economische, sociale of ecologische gevolgen op lange termijn. Aan al deze partijen moet de rechter verantwoording kunnen afleggen. En ze moet zichzelf in de spiegel kunnen kijken. Met haar hand op haar hart kan de rechter niet anders dan rechtspreken vanuit haar eigen rechtvaardigheidsgevoel, hoezeer we dit ook willen ontkennen. Door met al deze partijen rekening te houden moet ze afwegen, beslissen (in derridiaanse zin) en daarna constant over haar schouder kijken of dit al dan niet de beste beslissing is geweest. Deze reflectie maakt de rechter kwetsbaar en onzeker, maar dat is het type rechter dat je voor je wilt hebben. Iemand die, koste wat kost, probeert om *een zo goed mogelijke* beslissing te nemen en hiervoor zelf garant staat. Iemand die elke uitspraak op zijn waarde beoordeelt. Iemand die de tragische gevolgen van haar beslissing erkent. Niet iemand die onverschillig de wet toepast als zijnde een willoze spreekbuis. De geschiedenis heeft ons pijnlijk duidelijk gemaakt dat daarbinnen geen ruimte is voor ethiek. De rechter is een mens en zo moeten we haar ook zien. Een mens die met de hand op het hart openstaat voor de ander die een beroep op haar doet, voor de wet waarop ze haar beslissing schraagt, voor de politiek die hem heeft voortgebracht, voor de maatschappij die buiten de rechtszaal wacht, en voor haar eigen geweten dat haar parten zal blijven spelen. Vrouwe Justitia is een mens. Laten we de rechter daarom ook beschouwen als een kwetsbare, wijze en menselijke vrouw.

CONCLUSIE

Tot dusver heeft 2020 laten zien dat de huidige wereld sneller verandert dan haar bevolking kan bijbenen. Het COVID-19 virus stelt ons wereldbeeld op de proef en dwingt ons daarmee tot een herziening van al ons handelen, de manier waarop we onze economieën indelen, hoe we omgaan met de zwakkeren, de ouderen, de jongeren, de toeristen en de dieren in onze samenleving. Wanneer de geografische en sociale grenzen worden opgetrokken blijkt er veel weg te vallen van wat wij de afgelopen 75 jaar als vanzelfsprekend zijn gaan beschouwen. Ondanks deze noodgedwongen hermetische afsluiting, verspreidt informatie zich sneller en veelvoudiger dan ooit tevoren. De veranderingen die het internet en de smartphone teweeg hebben gebracht zijn van ongekennde proportie. Hoe snel het is voor een burgerprotest om *viral* te kunnen gaan wordt duidelijk zichtbaar in de wereldwijde Black Lives Matter-demonstraties en in de vele klimaatstakingen- en marsen. Tegelijkertijd is de juridische wereld van nature niet een systeem dat zich laat kenmerken door haar snelle en flexibele omgang met veranderingen. Vanzelfsprekend stellen de vele crises van dit moment haar op de proef.

Dit blijkt ook wanneer de rechterlijke legitimiteit wordt gezien vanuit het licht van deze intensief verbonden wereld. De manier waarop wij de legitimiteit van de rechter begrijpen, is de afgelopen honderd jaar niet genoeg veranderd ten opzichte van de enorme veranderingen die de wereld als geheel heeft doorstaan. Nog te vaak bekijken we rechterlijke legitimiteit door de lens van een afgebakende geografische jurisdictie, terwijl grenzen allang niet meer zijn beperkt tot landkaarten. Het idee dat vrijwel alle nationale problemen ook nationaal kunnen worden aangepakt houdt daarom niet langer stand. Wanneer we het conceptuele kader van de legitimiteitsdimensies uit het eerste hoofdstuk onder de loep nemen, blijken veel van deze klassieke ideeën de afgebakende natiestaat als leidend te nemen. Het tweede hoofdstuk laat zien dat deze nationale focus niet langer aansluit bij het hybride, dynamische en transnationale rechtslandschap van de 21^e eeuw. Dit rechtslandschap laat zich kenmerken door een hoge mate van onzekerheid. Omdat onzekerheden de wet in de weg staan, heeft de westerse rechtstheorie een perspectief aangenomen het recht te zien als een coherent systeem. Deze conventionele theorieën begrijpen rechtssystemen als een samenhangend geheel, het recht als een naadloos web en de rechter als een halfgod die de juiste wet slechts hoeft toe te passen. Deze benadering heeft een stabiliserend effect op de burger, de rechter en het rechtssysteem als geheel. Met name de rechter wordt hierdoor vrijgepleit

van de twijfel, onzekerheid en pijnlijke rafelranden die haar uitspraak teweeg kan brengen.

De transnationale rechtsorde wordt gekenmerkt door onzekerheden en deze onzekerheden zullen de komende tijd blijven toenemen. Dit is duidelijk zichtbaar in de recente uitspraak van de Hoge Raad aangaande de repatriëring van Nederlandse vrouwen en kinderen uit opvangkampen in Noord-Syrië. Deze zaak wordt gekenmerkt door onzekerheden die typisch zijn voor de 21^e eeuw. Onzekerheid over de toepasbare rechtsregels, onzekerheid over de belangen die moeten worden afgewogen, onzekerheid over de reikwijdte en intensiteit die nationale beslissingen teweeg kunnen brengen en daarmee, onzekerheid over de klassieke manieren waarop de rechter haar legitimiteit verkrijgt. Daarom heb ik in het vierde en vijfde hoofdstuk een pleidooi gehouden om deze onzekerheid niet krampachtig uit de weg te gaan, maar te accepteren en te incorporeren in de manier waarop we kijken naar de legitimiteit van de rechter anno 2020. Ik heb me hierbij laten inspireren door de postmoderne filosofie die onzekerheid, wanorde en instabiliteit niet uit de weg gaat, maar juist omarmt en inzet als kracht. Hoewel de postmoderne filosofie vaak verkeerd begrepen wordt als een nihilistische carte blanche, legt ze volgens mij een mandaat op tot ethisch gedrag.

Op basis van dit mandaat heb ik een aantal competenties opgesteld waaraan een legitieme rechter in de 21^e eeuw zou moeten voldoen. Deze rechter is niet halsstarrig maar reflectief. Ze is niet overtuigd van haar eigen gelijk maar ontvankelijk voor de onzekerheden die ze op haar pad tegenkomt. Ze heeft een rijke verbeeldingskracht, waardoor haar beslissing balanceert tussen alle belangen. Tot slot is ze zich ervan bewust dat haar beslissing feilbaar is, waardoor ze zich kwetsbaar durft op te stellen om in vertrouwelijke kring haar twijfels uit te spreken. De toekomstbestendige rechter wordt niet langer gepersonifieerd door een zelfverzekerde, sterke en volmaakte halfgod, maar door een kwetsbare, onzekere en raakbare Vrouwe Justitia.

BIBLIOGRAFIE

PRIMAIRE BRONNEN

Internationale en Europese wetgeving

Europese Unie, *Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (1950)

Verenigde Naties, *Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten* (1966)

Verenigde Naties, *Verdrag inzake de rechten van het kind* (1989)

Verenigde Naties, *Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden* (1998)

Nederlandse wetgeving

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815 (Grondwet)

Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (Wet algemene bepalingen)

Wet van 13 juni 1979, houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van de milieuhygiëne (Wet Milieubeheer)

Rijkswet van 19 december 1984, houdende vaststelling van nieuwe, algemene bepalingen omtrent het Nederlanderschap ter vervanging van de Wet van 12 december 1892 (Rijkswet op het Nederlanderschap)

Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht)

Wet van 23 november 2000 tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Vreemdelingenwet 2000)

Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, titel 3 Onrechtmatige daad

Kamerstukken

Kamerstuk 2014, 34002, nr. 77

Europese jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (5 februari 1963) ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (15 juli 1964) ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*)

Nederlandse jurisprudentie

Hoge Raad (23 mei 1921) ECLI:NL:HR:1921:186 (*Elektriciteit*)

Hoge Raad (31 januari 1919) ECLI:NL:PHR:1919 (*Lindenbaum/Cohen*)

Rechtbank Den Haag (11 november 2019) ECLI:NL:RBDHA:2019:11909

Gerechtshof Den Haag (22 november 2019) ECLI:NL:GHDHA:2019:3208

Hoge Raad (26 juni 2020) ECLI:NL:HR:2020:1148

Overige jurisprudentie

Bundesverfassungsgericht (5 mei 2020) ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.

SECUNDAIRE BRONNEN

Adamson Hoebel E, *The Law of the Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press 1967)

Akker van den A en Vermeulen T, 'Notes on Metamodernism' (2010) 2 *Journal of Aesthetics & Culture* 1

Akker van den A en Vermeulen T, 'Het Nieuwe Tijdperk: Metamodernisme: Een Verlangen naar Oprechtheid' (2013) 36 *De Groene Amsterdammer* <<https://www.groene.nl/artikel/een-verlangen-naar-oprechtheid>> geraadpleegd op 2 juli 2020

Agamben G, 'A Jurist Confronting Himself. Carl Schmitt's Jurisprudential Thought' in J Meierhenrich en O Simons (red), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (Oxford University Press 2016)

Anderson Aand Goolishian HA, 'Human Systems as Linguistic Systems: Preliminary and Evolving Ideas about the Implications for Clinical Theory' (1988) 27 *Family Process* 4

Arendt H, *The Origins of Totalitarianism* (first published 1951, Penguin 2017)

Bakker de E, *De Cynische Verkleuring van Legitimiteit en Acceptatie. Een Rechtssociologische Studie naar de Regulering van Seizoenarbeid in de Aspergerteelt van Zuidoost-Nederland* (Aksant 2001)

Barker R, *Political Legitimacy and the State* (Oxford University Press 1990)

Beetham D, *The Legitimation of Power* (MacMillan 1991)

Bekkers V, 'Imago en Legitimiteit' in W Kickert e.a. (red), *Liefde voor het Openbaar Bestuur en Liefde voor de Bestuurskunde* (Eburon 2007)

Bennington G, 'A Moment of Madness: Derrida's Kierkegaard' (2011) 33 *The Oxford Literary Review* 1

Berg van den GWC, 'De Tien Geboden van de WGBO. Van patiënt naar consument: van behandelaar naar handelaar, van aanbod naar vraag' (1998) 24 *Tijdschrift voor Psychotherapie*

Berman PS, 'Global Legal Pluralism' (2007) 80 *Southern California Law Review*

Birmingham P, *Hannah Arendt and Human Rights* (Indiana University Press 2006)

Bix B, 'John Austin' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/austin-john/>> bezocht op 28 2020

Black J, 'Legitimacy and the Competition for Regulatory Share' (2009) LSE Working Papers

Blom van der D, *De Verhouding van Staat en Religie in een Veranderende Nederlandse Samenleving* (EM Meijers Instituut 2016)

Bodin J, *On Sovereignty: Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth* (eerste druk 1576, JH Franklin vertaling, Oxford University Press 1992)

Bokhorst AM, *Bronnen van Legitimiteit: Over de Zoektocht van de Wetgever naar Zeggenschap en Gezag* (Boom 2014)

Bokhorst AM, 'Overvragende wetgever zet gezagsuitoefening van rechter onder druk' (2014) 35 *Recht der Werkelijkheid* 1

Boogaard G en Uzman J, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over Rechter, Politiek en Rechtsvorming' (2015) 1 *Ars Aequi*

Brems E (ed), *Conflicts between Fundamental Rights* (Claredon Press 1995)

Bristow W, 'Enlightenment' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/enlightenment/>> bezocht op 29 juli 2020

Broeders D e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013)

Burchardt B, 'Intertwinement of Legal Spaces in the Transnational Legal Sphere' (2007) 30 *Leiden Journal of International Law*

Buruma Y, *Wat is een Goede Rechter? Een Mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)* (CPO Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs 2016)

Charney JI, 'The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea' (1996) 90 *American Journal of International Law*

Chassagnard-Pinet S, 'Conflict of Norms and Conflict of Values in Law,' in M Armgardt (red), *Past and Present Interactions in Legal Reasoning and Logic* (Springer International Publishing 2015)

Cohen RA, *Face to Face with Levinas* (State University of New York Press 1986)

Corstens GJM, 'Vertrouwen in de Rechtspraak' (2011) 10 Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht

Cudd A en Eftekhari S, 'Contractarianism' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018)

<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/contractarianism/>> bezocht op 29 juli 2020.

Dalberg-Acton J, 'Letter to Bishop Mandell Creighton on April 5, 1887' in N Figgis en RV Laurence (red), *Historical Essays and Studies* (Macmillan 1907)

Derrida, *Writing and Difference* (first published 1967, A Bass vertaling, Routledge 2002)

Derrida J, *Limited Inc* (eerste druk 1972, S Weber vertaling, Northwestern University Press 1988)

Derrida J, *Force de Loi: Le Fondement Mystique de l'Autorité* (Galilée 1994)

Derrida J, 'Force of Law: the "Mystical Foundation of Authority"' in D Cornell, M Rosenfield and DG Carlson (red), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge 1992)

Derrida J, 'Remarks on Deconstruction and Pragmatism' in S Critchly, J Derrida, E Laclau and R Rorty *Deconstruction and Pragmatism* (first published 1996, Routledge 2005)

Descartes R, *Meditations of First Philosophy: With Selections from the Objections and Replies* (eerste druk 1641, M Moriarty vertaling, Oxford University Press 2008)

Domselaar van I, '“Zelfbevestigende” versus ‘ontregelde’ rechtspraak' (2011) Nederlands Juristenblad

Domselaar van I, *The Fragility of Rightness. Adjudication and The Primacy of Practice* (UvA 2014)

Dostojevski F, *De Broers Karamazov* (eerste druk 1880 A Langeveld vertaling, Van Oorschot 2011)

Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977)

Dworkin R, *Law's Empire* (Harvard University Press 1986)

Ely JH, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980)

Ferguson R, *The Right to Food and the World Trade Organization's Rules on Agriculture: Conflicting, Compatible, or Complementary?* (Brill 2018)

Flynn B, *The Philosophy of Claude Lefort: Interpreting the Political* (Northwestern University Press 2005)

Fraser N, 'Reframing Justice in a Globalizing World' (2005) 36 New Left Review

Fraser N, *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world* (Columbia University Press 2010)

Fukuyama F, *The End of History and the Last Man* (Free Press 1992)

Gommer H, *Onder de Rechter* (Wolf Legal Publishers 2008) 97

Green L, 'Legal Obligation and Authority' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2012) <<https://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>> bezocht op 21 juli 2020

Greenawalt K, 'Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges' (1975) 75 Columbia Law Review 2

Griffiths J, 'What is Legal Pluralism?' (1986) 18 The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law

Grimmelikhuijsen S, 'Onbekend maakt Onbemind? Over Transparantie en Vertrouwen' (2012) 33 Idee 2

Groot-van Leeuwen de LE, *Rechters tussen staat en straat* (Wolf Legal Publishers 2005)

Grootelaar H en Bos van den K, 'Naar Meer Ervaren Legitimiteit van de Nederlandse Rechtspraak' in R Ortlepp e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 276

Hart HLA, *The Concept of Law* (eerste druk 1961, Oxford University Press 2012)

Hamilton A, Madison J en Jay J, *The Federalist Papers* (eerste druk 1787, Tantor Media 2010)

Hawthorn G, Bernard Willems. *In the Beginning was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (Princeton University Press 2005)

Henderson LM, *Courts, Crisis, and Contestation. Democratic Judicial Decision-Making in Times of Crisis* (VU 2018)

Hobbes T, *Leviathan* (eerste druk 1651, W Krul vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012)

Hobbes T, *Leviathan* (eerste druk 1651, Lerner Publishing Group 2018)

Hol AM, 'De Rechterlijke Macht als Stoplap' in S van der Schenk en W Oostenbrink (red), *Menage a Trois* (Wolf Legal Publishers 1999)

Honig B, 'Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory' (2008) 27 *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*

Huls NJH, 'Enige Rechtssociologische Opmerkingen over Effectiviteit in de Rechtspleging' in JM Barendrecht e.a. (red), *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een Gerichte Onderzoeksagenda*, (Lemma 2000)

Jonkers P, 'Zet Transparantie Liever in voor Bekritiseerbaarheid dan voor Vertrouwen' in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013)

Johnson R en Cureton A, 'Kant's Moral Philosophy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019)
<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/kant-moral/>> bezocht op 29 juli 2020

Keij J, *Zekerheid over Onzekerheid* (Elsevier 1998)

Keij J, *Levinas in de Praktijk* (Klement/Pelckmans 2016)

Kelly JM, *A Short History of Western Legal Theory* (Clarendon Press 1992)

Kelsen H, *Over het Wezen en de Waarde van Democratie* (eerste druk 1929, T Mertens en RJ Witpaard vertaling) in T Mertens, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012)

Kennedy D, 'Legal Education and the Reproduction of Hierarchy' (1982) 32 *Journal of Legal Education* 4

Kenny A, *A Brief History of Western Philosophy* (Blackwell 1998)

Klabbers J, Peters A en Ulfstein G (red), *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press 2009)

Kok de H, 'Montesquieu en de Rechter. Een Commentaar' (2005) 64 *Ars Aequi*

Koskenniemi M en Leino P, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law*

Lauterpacht H, 'The Reality of the Law of Nations' in E Lauterpacht (red), *International Law, Being the Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht* (Cambridge University Press 1970)

Lawlor L, 'Jacques Derrida' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/derrida/>> bezocht op 21 juli 2020

Levinas E, *Totality and Infinity* (eerste druk 1961, A Lingis vertaling, Martinus Nijhoff 1969)

Levinas E, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité* (eerste druk 1961, Kluwer Academic 1971)

Levinas E, *Ethics and Infinity. Conversations with Phillippe Nemo* (eerste druk 1982, RA Cohen vertaling, Duquesne University press 1985)

Locke J, *Two Treatises of Government* (eerste druk 1689, P Laslett editie, Camebrigde University Press 1988)

Lyons D, 'Justification and Judicial Responsibility' (1984) 72 California Law Review 72

Lyotard JF, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* (eerste druk 1979, G Bennington and B Massumi vertaling, University of Minnesota Press 1984)

Mak G, *De Levens van Jan Six* (Atlas Contact 2016)

Marinez JS, 'Towards an International Judicial System' (2003) Stanford Law Review 56

Merry SE, 'Legal Pluralism' (1988) 22 Law and Society Review

Mertens T, *Mens & Mensenrechten* (Boom 2012)

Mertz E, *The Language of Law School: Learning to 'Think Like a Lawyer'* (Oxford University Press 2007)

Merquior JG, *Rousseau and Weber. Two Studies in the Theory of Legitimacy* (Routledge 1980)

Michaels R en Pauwelyn J, 'Conflict of Norms of Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law' (2012) 22 Duke Journal of Comparative & International Law

Montesquieu de C, *De l'Esprit des Lois* (eerste druk 1728, Tome Premier 1834)

Montesquieu de C, *Over de Geest der Wetten* (eerste druk 1728, J Holierhoek vertaling, Boom 2006)

Müller-Mall S, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law* (Springer 2013)

Nietzsche F, *The Gay Science* (first published 1882, W Kaufmann vertaling, Vintage Books 1974)

Nietzsche F, *Beyond Good and Evil* (first published 1886, Helen Zimmern vertaling, Coradella Collegiate Bookshelf Editions 2004)

Nussbaum MC, *Poetic Justice: the Literary Imagination and Public Life* (Beacon Press 1995)

Oakeshott M, *On Human Conduct* (Oxford University Press 1975)

Peter F, 'Political Legitimacy' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2017) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>> bezocht op 28 juli 2020

Pettit P, 'Legitimacy and Justice in Republican Perspective' (2012) 65 *Current Legal Problems* 59

Pieters TS, 'De Raakbare Rechter' (2010) *Trema* 5

Prideaux S, *Ik Ben Dynamiet* (De Arbeiderspers 2018)

Popke EJ, 'Poststructuralist Ethics: Subjectivity, Responsibility and the Space of Community' (2003) 27 *Progress in Human Geography* 3

Richards D, 'The Theory of Adjudication and the Task of the Great Judge' (1979) *Cardozo Law Review* 171.

Rorty R, *Contingency, Irony and Solidarity* (eerste druk 1989, Cambridge University Press 1995)

Rosanvallon P, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (Cambridge University Press 2008)

Rossum van W en Thomas MS, 'De Paradox van Rechter en Ritueel' in R Ortlep e.a. (red), *De Rechter onder Vuur* (Wolf Legal Publishers 2016) 179

Rothhaar M, 'Human dignity and human rights in bioethics: the Kantian approach' (2010) 13 *Medical Healthcare and Philosophy*

Rousseau JJ, *The Social Contract and The First and Second Discourses* (eerste druk 1762, S Dunn vertaling, Yale University Press 2002)

Sandel MJ, *Justice. What's the Right Thing To Do?* (Penguin 2009)

Schmitt C, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (eerste druk 1922, G Schwab vertaling, MIT Press 1986)

Shaffer GC, 'Theorizing Transnational Legal Ordering' (2016) *Annual Review of Law and Social Science* 1

Slaughter AM, *A New World Order* (Princeton University Press 2004)

Solokoff WW, 'Between Justice and Legality: Derrida and Decision' (2005) 58 *Political Research Quarterly* 2

Solum LB, 'Virtue Jurisprudence. A Virtue-Centered Theory of Judging' (2003) 34 *Metaphilosophy* 1/2,

Soper P, 'Legal Theory and the Obligation of A Judge: The Hart/Dworkin Dispute' (1977) 75 *Michigan Law Review* 3

Spanje van J en Vreese de C, 'De Rechtspraak in de Media: Drie Negatieve Trends', in D Broeders e.a. (red), *WRR: Speelruimte voor Transparantere Rechtspraak* (Amsterdam University Press 2013)

Stichting Ars Floreat, *Plato Politeia* (De Driehoek 2003) 141
<<http://www.arsfloreat.nl/documents/Plato10.pdf>> geraadpleegd op 28 juli 2020

Tai S, 'Uncertainty about Uncertainty: The Impact of Judicial Decisions on Assessing Scientific Uncertainty' (2009) 11 *Journal of Constitutional Law* 3 (2009)

Tyler TR en Darley JM, 'Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views about Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law' (2000) 28 *Hofstra Law Review* 3

Verhofstadt D (red), *250 jaar Over Misdaden en Straffen: Cesare Beccaria* (Houtekiet 2014)

Vestdijk-van der Hoeven ACM, *Religieus recht en minderheden* (Quint 1991)

Vinx L, 'Carl Schmitt' in EN Zalta (red), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019)
<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/schmitt/>> bezocht op 28 juli 2020

Weber M, *Wirtschaft und Gesellschaft* (eerste druk 1921, Mohr 1980)

Weber M, *Economy and Society. A New Translation* (eerste druk 1921, K Tribe vertaling, Harvard University Press 2019)

Wolcher LE, *Law's Task. The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering* (Ashgate 2008)

Zumbansen P, 'Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism' (2012) 21 *Transnational Law & Contemporary Problems*

Nieuws, media en online bronnen

Baudet T en Cliteur P, 'Wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?' *Volkskrant Opinie* (8 maart 2020) <<https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/baudet-en-cliteur-wat-is-er-mis-met-onze-oproep-tot-bezinning-over-de-staatsmachten~bdf05b34/>> bezocht op 29 juli 2020

Beunderman M, 'Rechters in Rode Toga's Maken het de Euro nog Lastiger' *NRC* (9 mei 2020) *Economie* 2

Cohen-Almagor R, 'President Trump and the Israel-Palestinian Conflict' (2017) *E-International Relations* <<http://www.e-ir.info/2017/03/10/president-trump-and-the-israeli-palestinianconflict/>> bezocht op 1 juli 2020

De Rechtspraak, 'Basisverhaal Rechtspraak' <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Rechtspraak-in-Nederland/paginas/basisverhaal-rechtspraak.aspx>> geraadpleegd op 17 juli 2020

De Rechtspraak, 'Stop met het Verdacht Maken van de Rechter' (09 januari 2020) <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Stop-met-het-verdacht-maken-van-de-rechter.aspx>> bezocht op 24 juli 2020

Funnekotter B, 'Help, de Rechter Grijpt de macht' *NRC* (20 december 2019) <<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/12/20/help-de-rechter-grijpt-de-macht-a3984581>> bezocht op 24 juli 2020

Gilbert Guillaume HE, 'Presidential Speech of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations' (30 October 2001)

Gruyter de C, 'Duitse Rechters zetten de Bundesbank Klem' *NRC* (9 mei 2020) 11

Henderson LM, 'Rechter kan in klimaatdebat optreden als curator van toekomstige generatie' *NRC Opinie* (30 juni 2020)

'Interview met de advocaten André Seebregts en Tom de Boer' *Pauw* (11 november 2020) <https://www.npostart.nl/pauw/11-11-2019/BV_101394500> bezocht op 28 juli 2020

Jonker U, 'De democratie stuit niet op een 'rechtersstaat' maar op een falende wetgever' *Financieel Dagblad* (16 november 2019) <<https://fd.nl/economie-politiek/1324585/de-democratie-stuit-niet-op-de-rechtersstaat-maar-op-een-falende-wetgever>> bezocht op 28 april 2020

Kester S, en Koelé T, 'Israël riskeert escalatie met annexatie' *Volkskrant* (1 juli 2020) 15

Redactie, 'Donald Trump gives Israel the green light to annex occupied lands' *The Economist* (30 januari 2020)

Redactie, 'Rechter: Nederland moet kinderen IS-vrouwen terughalen' *Trouw* (11 november 2019) <<https://www.trouw.nl/binnenland/rechter-nederland-moet-kinderen-is-vrouwen-terughalen~b9bcdbdf/>> bezocht op 24 juli 2020

Seegers J, 'Rutte: liever sterven Syriëgangers dan dat ze terugkomen naar Nederland' *NRC* (5 maart 2015) <<https://www.nrc.nl/nieuws/2015/03/05/rutte-liever-sterven-syriegangers-dan-dat-ze-terugkomen-naar-nederland-a1483816>> bezocht op 24 juli 2020

De Toekomststoel <<http://www.toekomststoel.nl>> bezocht op 28 juli 2020

Vrijzen E, 'CDA: IS Kinderen Blijven Weren' *Elsevier Weekblad* (17 april 2019) <<https://www.elsevierweekblad.nl/nederland/achtergrond/2019/04/cda-is-kinderen-blijven-weren-683730/>> bezocht op 28 juli 2020

#OurFutureOurRight, 'Samen naar de wereldrechter tegen klimaatverandering' <<https://www.change.org/p/ourfutureourright>> bezocht op 29 juli 2020

Documentaires

Avrich B, 'Prosecuting Evil' *Documentaire* (2018)

Can S, 'De Verloren Kinderen van het Kalifaat' *Movies that Matter* (2018)